

Tilburg University

Een rechtsvergelijking tussen de Nederlandse en Duitse winstbelasting van lichamen

Elsweier, Frank

Publication date:
2018

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Elsweier, F. (2018). *Een rechtsvergelijking tussen de Nederlandse en Duitse winstbelasting van lichamen: Rechtsregels uit de Duitse Körperschaftsteuer en Gewerbesteuer als inspiratiebron voor de Nederlandse vennootschapsbelasting.* [, Tilburg University]. CentER, Center for Economic Research.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Een rechtsvergelijking tussen de Nederlandse en Duitse winstbelasting van lichamen

**Rechtsregels uit de Duitse Körperschaftsteuer en Gewerbesteuer
als inspiratiebron voor de Nederlandse vennootschapsbelasting**

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan Tilburg University op gezag
van de rector magnificus, prof. dr. E.H.L. Aarts in het openbaar te
verdedigen ten overstaan van een door het college voor promoties
aangewezen commissie in de aula van de Universiteit op woensdag 27
juni 2018 om 16.00 uur door

Frank Johannes Elswelier

geboren te Enschede.

Promotiecommissie

Promotores:

Prof. Dr. P.H.J. (Peter) Essers

Prof. Dr. J.A.G. (Jan) van der Geld

Overige leden:

Prof. Dr. R.G. (Rainer) Prokisch

Prof. Dr. A.J.A. (Ton) Stevens

Prof. Dr. S.A. (Stan) Stevens

Prof. Dr. T. (Till) Zech LL.M.

Voorwoord

“Het gras is vaak groener bij de burens”. Of dit zo is op het gebied van de vennootschapsbelasting zal blijken uit mijn onderzoek. Ik heb onderzocht of bepaalde leerstukken of rechtsregels in de huidige Duitse winstbelasting van lichamen (de *Körperschaftsteuer* en indien interessant de *Gewerbesteuer*) een inspiratie kunnen zijn voor de Nederlandse vennootschapsbelasting.

Wetenschap

De vennootschapsbelasting die we heden ten dage kennen is ontstaan in de jaren veertig van de vorige eeuw. De wortels van onze huidige winstbelasting van lichamen (net als overigens die van de inkomsten- en loonbelasting) gaan terug naar de Duitse bezetting. Sindsdien zijn de hoofdlijnen van deze belasting vrijwel onveranderd gebleven. Dat geldt zeker niet als de vennootschapsbelastingregels in detail worden bekeken. In de loop der jaren is onze vennootschapsbelastingwet om uiteenlopende redenen (bijvoorbeeld gewenste tariefsverlagingen in combinatie met grondslagverbredingen, bestrijding van misbruik, het voldoen aan EU-wetgeving, politieke, instrumentele en conjuncturele) gewijzigd. Hoe heeft de winstbelasting van lichamen zich ontwikkeld in Duitsland? Een rechtsvergelijking met Duitsland op dit gebied leidt mijns inziens tot een vermeerdering van kennis die gebruikt kan worden ter verhoging van de kwaliteit van ons eigen vennootschapsbelastingstelsel. Naarmate onze rechtsvergelijkende kennis toeneemt, ligt het voor de hand dat er meer alternatieven worden ontdekt voor de oplossing van de meest uiteenlopende discussiepunten in de vennootschapsbelasting. Niet alleen komen de verdiensten en tekortkomingen van ons eigen recht beter naar voren, maar bovendien zou gebruik kunnen worden gemaakt van leerstukken of rechtsregels die elders met vrucht worden gehanteerd.

Praktijkgericht

Naast de wetenschappelijke invalshoek biedt dit onderzoek mijns inziens ook tal van nuttige handreikingen voor de praktijk. Alle hoofdzaken met betrekking tot de Duitse winstbelasting van lichamen staan in de Nederlandse taal uitgelegd met daarbij de Duitse vertaling van de belangrijkste trefwoorden tussen haakjes schuingedrukt. Ieder hoofdstuk wordt afgesloten met een schematisch overzicht waarin de overeenkomsten en verschillen tussen Nederland en Duitsland in één oogopslag duidelijk worden. Voor veel fiscalisten zullen daarnaast de literatuurverwijzingen van waarde zijn. Vrijwel alle Nederlandstalige literatuur die over het desbetreffende leerstuk uit de Duitse winstbelasting van lichamen gaat, staat daar genoemd, zodat voor gedetailleerde informatie over het desbetreffende leerstuk makkelijk nadere informatie kan worden gevonden. Verder biedt hoofdstuk 2 een inkijk in de achtergronden en het fiscale krachtenveld rondom de winstbelasting in beide landen. Hierbij wordt bijvoorbeeld ingegaan op de totstandkoming van Nederlandse en Duitse fiscale wetgeving, (grondwettelijke) toetsing door Duitse rechters en op het uitvoeringsbeleid van de Belastingdienst, respectievelijk *Finanzverwaltung*. Tot slot mag mijns inziens niet onvermeld blijven de uitleg in hoofdstuk 1.6.3.1 hoe Duitse wetten, parlementaire stukken, jurisprudentie en literatuur gezocht, gevonden en gelezen kunnen worden.

Dankwoord

In dit voorwoord wil ik ook een aantal mensen bedanken. Laat ik beginnen bij mijn promotoren Prof. Dr. Peter Essers en Prof. Dr. Jan van der Geld. Ik heb heel veel respect en bewondering voor jullie allebei. Ik heb niet alleen de colleges van Peter en Jan mogen volgen, maar ook het voorrecht (gehad) om nauw met hen samen te werken. Een voorrecht omdat het een ontzettende plezierige samenwerking is (geweest) én ik er enorm veel van op heb gestoken. De gesprekken over fiscaliteit, politiek, familie en voetbal waren en zijn voor mij van onschatbare waarde. Dank aan de overige commissieleden, Prof. Dr. Rainer Prokisch, Prof. Dr. Stan Stevens, Prof. Dr. Ton Stevens, Prof. Dr. jur. Till Zech LL.M. dat ze deel willen uitmaken van de onderzoekscommissie.

Daarnaast wil ik ook een aantal collega's van het Fiscaal Instituut bedanken; de gehele “vennootschapsbelastingsectie”, nu bestaande uit Stan Stevens, Ton Stevens, Arthur Hofman, Mart van Hulten en Bart van der Burgt. Stuk voor stuk uitstekende fiscalisten en een bemerkenswaardige open houding voor de taken die we hebben binnen het FIT. Daarnaast mijn

kamergenoten Gerard Staats en Ronald Russo, waarbij ik onze gesprekken over “van-alles” enorm waardeer. Tot slot ook andere collega’s van het FIT voor de samenwerking tot dusverre en de belangstelling voor mijn onderzoek. Ik vind dat we een mooie club bij elkaar hebben. Ik voel me erg thuis op het FIT.

Mijn andere werkgever, Ernst & Young Belastingadviseurs LLP, mag ook zeker niet onvermeld blijven. Een werkgever die mij veel mogelijkheden heeft geboden om me te kunnen ontwikkelen als fiscalist en als mens. Dat ik me daar zo goed voel heeft zeker te maken met de collega’s Arjo van Eijdsen en Charlie Bruijsten, waarmee ik het meeste samenwerk. Door beiden specifiek te noemen, doe ik eigenlijk een hoop andere collega’s te kort met wie ik ook, veelal al jaren, uitstekend samenwerk.

Mijn dank gaat ook uit naar Pia Kösters LL.M. (*Steuerberaterin*, nu werkzaam voor Heisterborg International en voorheen bij EY Duitsland) voor de review van het Duitse gedeelte van mijn onderzoek. Tevens dank voor Michiel Hennevelt, ten tijde van het doorlezen van mijn manuscript student-assistent van het FIT en aan Benjamin Schmutz voor de vertaling naar het Duits van een samenvatting van mijn onderzoek.

Misschien uiteindelijk wel het lastige van het hele onderzoek vind ik het vinden van dankwoorden voor mijn familie. Hoe omschrijf je een gevoel van dankbaarheid, weemoed aan fantastische (jeugd)jaren en geborgenheid zonder dat het bij abstracte woorden blijft of kitschig wordt? Toch maar een poging. Lieve pa en ma, het is geweldig met welke mogelijkheden ik ben opgegroeid. Dank voor alle ondersteuning, liefde en zorgzaamheid die ik van jullie heb gekregen. Ik heb daar echt onzettend veel respect voor. Dat geldt ook voor (de familie van) mijn zus Liesette en broer Marco.

Tot slot mijn lieve vrouw Silke en dochttertjes Aurelia en Eliza. Prachtig om dit met jullie te kunnen delen. “*Schön dass es euch gibt*”. Jullie verrijken mijn leven enorm! Dank dat jullie mij de ruimte hebben gegeven dit onderzoek te kunnen doen.

Het onderzoek is afgerond op 1 april 2018. Met fiscale ontwikkelingen van na deze datum is geen rekening gehouden.

Inhoudsopgave

Voorwoord	V
Lijst van gebruikte afkortingen	XIII
1 Inleiding	15
1.1 Aanleiding voor het onderzoek	15
1.2 Relevantie van het onderzoek	15
1.2.1 Waarom een rechtsvergelijkend onderzoek met een ander land	16
1.2.2 Waarom Duitsland?	18
1.3 Onderzoeksvraag	19
1.3.1 De gebruikte termen uit de onderzoeksvraag en toetsingscriteria	20
1.3.2 Toetsingskader	23
1.3.3 Belang van de onderzoeksvraag	28
1.4 Opbouw van het onderzoek en de vaststelling van de discussiepunten	28
1.5 Afbakening van het onderzoek	30
1.6 Werkwijze en methode van het onderzoek	31
1.6.1 Rechtsvergelijkende methode	31
1.6.2 Historisch en positiefrechtelijk onderzoek	32
1.6.3 Parlementair-, jurisprudentie- en literatuuronderzoek	32
1.6.4 Taalkeuze	35
1.7 Schematische weergave van het onderzoek	36
2 Het fiscale krachtenveld (mogelijke factoren die van invloed kunnen zijn op de winstbelasting van lichamen) in Nederland en Duitsland	37
2.1 Inleiding	37
2.2 Demografische, staatsrechtelijke en bestuurlijke gegevens	37
2.3 Economische factoren	38
2.3.1 Vestigingsklimaat	38
2.3.2 Familieondernemingen en personenvennootschappen	41
2.3.3 Economische invalshoek in het belastingrecht	41
2.4 Maatschappelijke ontwikkelingen	42
2.4.1 Corporate governance	42
2.4.2 Fair share (moraliteit)	44
2.5 Culturele invloeden	44
2.6 Politieke invloeden	45
2.7 Europese fiscale ontwikkelingen	46
2.7.1 Inleiding	46
2.7.2 Primair EU-recht	47
2.7.3 Secundair EU-recht	47
2.7.4 Voorstellen voor harmonisatie van de winstbelastingen in Europa	48
2.7.5 Beschouwing	51
2.8 Internationale fiscale ontwikkelingen (BEPS)	52
2.9 Het ontstaan en de toetsing van fiscale wetgeving	55
2.9.1 De wetgever	55
2.9.2 De rechterlijke macht	57
2.10 De uitvoering van fiscale wetgeving	60
2.10.1 Belastingdienst versus Finanzverwaltung	60
2.10.2 Horizontaal toezicht versus Zeitnahe Betriebsprüfung	62
2.10.3 Rulingbeleid	63
2.10.4 Beschouwing	65
2.11 Andere rechtsgebieden	67

2.12	Beschouwing en conclusie	67
2.13	Schematische weergave	70
3	De winstbelasting van lichamen in Nederland en Duitsland	71
3.1	Inleiding	71
3.2	Nederland	72
3.2.1	Huidige winstbelasting van lichamen	72
3.2.2	Historische ontwikkeling	72
3.2.3	Rechtsgrondslag	74
3.2.4	Relatie met de inkomstenbelasting	75
3.2.5	Discussiepunten over de vennootschapsbelasting als winstbelasting van lichamen en relatie met de inkomstenbelasting	76
3.3	Duitsland	81
3.3.1	Huidige winstbelasting van lichamen en tarief	81
3.3.2	Historische ontwikkeling	84
3.3.3	Rechtsgrondslag	86
3.3.4	Relatie met de inkomstenbelasting	88
3.4	Beschouwing /conclusie	91
3.4.1	In beide landen geen eenduidige rechtsgrondslag	92
3.4.2	De <i>Thesaurierungsbegünstigung</i> , iets voor Nederland?	93
3.4.3	De <i>Gewerbsteuer</i> , iets voor Nederland?	94
3.5	Schematische overzicht	96
4	Subjectieve belastingplicht en vrijstellingen	99
4.1	Inleiding	99
4.2	Nederland	99
4.2.1	Binnenlandse belastingplicht	99
4.2.2	Subjectieve vrijstellingen	108
4.2.3	Buitenlandse belastingplicht	108
4.2.4	Discussiepunten Nederlandse systematiek en invulling van de subjectieve vennootschapsbelastingplicht	109
4.3	Duitsland	114
4.3.1	Binnenlandse belastingplicht	114
4.3.2	Subjectieve en objectieve vrijstellingen	120
4.3.3	Buitenlandse belastingplichtigen	120
4.4	Beschouwing / conclusie	120
4.4.1	Aanknopingspunten subjectieve belastingplicht	120
4.4.2	Geen onderscheid tussen onbeperkte en beperkte belastingplicht; een optie voor Nederland?	123
4.4.3	Schematisch overzicht huidige overeenkomsten en verschillen	125
5	Fiscaal winstbegrip	127
5.1	Inleiding	127
5.2	Nederland	128
5.2.1	Object van heffing	128
5.2.2	Verhouding tot het commerciële winstbegrip	131
5.2.3	Discussiepunten Nederlandse invulling van gkg en aansluiting commerciële winstbegrip	133
5.3	Duitsland	138
5.3.1	Object van heffing	138
5.3.2	Verhouding tot de commerciële jaarrekening	142
5.4	Beschouwing / conclusie	145
5.4.1	Een meer rule-based fiscaal winstbegrip; een optie voor Nederland?	145

5.4.2	Meer aansluiting zoeken bij het commerciële winstbegrip; een optie voor Nederland?	148
5.4.3	Schematisch overzicht huidige overeenkomsten en verschillen	149
5.4.4	Bijlage: Fiscale correcties onzakelijk handelen (informele kapitaal (<i>verdeckte Einlage</i>) en verkapt dividend (<i>verdeckte Gewinnausschüttung</i>))	149
6	Verliesverrekening	151
6.1	Inleiding	151
6.2	Nederland	152
6.2.1	Verliesverrekeningstermijnen	152
6.2.2	Houdster- en financieringsverliezen	153
6.2.3	Handel in verlieslichamen	154
6.2.4	Discussiepunten Nederlandse verliesverrekeningsregels	156
6.3	Duitsland	161
6.3.1	Verliesverrekeningstermijnen en <i>Mindestbesteuerung</i>	161
6.3.2	Historische ontwikkeling en ratio	161
6.3.3	Geen houdster- en financieringsverliesregeling	163
6.3.4	Handel in verlieslichamen (<i>Mantelkaufregelung</i>)	164
6.4	Beschouwing / conclusie	168
6.4.1	<i>Mindestbesteuerung</i> gecombineerd met een onbeperkte voorwaartse verliesverrekening, een optie voor Nederland?	169
6.4.2	Afschaffing houdster- en financieringsverliesregeling?	170
6.4.3	De <i>Mantelkaufregelung</i> , een optie voor Nederland?	171
6.4.4	Schematisch overzicht huidige overeenkomsten en verschillen	172
7	Financiering, onzakelijke lening en renteaftrekbeperkingen	175
7.1	Inleiding	175
7.2	Nederland	175
7.2.1	Onderscheid tussen EV en VV	175
7.2.2	Onzakelijke lening	177
7.2.3	Renteaftrekbeperkingen	180
7.2.4	Discussiepunten in Nederland omtrent de onzakelijke lening en renteaftrekbeperkingen	187
7.3	Duitsland	195
7.3.1	Onderscheid tussen EV en VV	195
7.3.2	Onzakelijke lening	196
7.3.3	Renteaftrekbeperkingen	200
7.4	Beschouwing /conclusie	205
7.4.1	Een wettelijke bepaling inzake de onzakelijke lening, een optie voor Nederland?	205
7.4.2	De Duitse EBITDA-regeling; een optie voor Nederland?	208
7.4.3	Schematisch overzicht huidige overeenkomsten en verschillen	211
8	Deelnemingsvrijstelling	213
8.1	Inleiding	213
8.1.1	Moeder-dochterrichtlijn	213
8.2	Nederland	214
8.2.1	Historische ontwikkeling	214
8.2.2	Ratio	215
8.2.3	De huidige voorwaarden	217
8.2.4	Vrijstelling van voordelen (winsten en verliezen)	223
8.2.5	Compartmenteren	225
8.2.6	Discussiepunten over de deelnemingsvrijstelling	228
8.3	Duitsland	235

8.3.1	Historische ontwikkeling	235
8.3.2	Ratio	237
8.3.3	De huidige voorwaarden	239
8.3.4	Vrijstelling van "voordelen" (winsten en verliezen)	242
8.3.5	Gewerbsteuer en deelnemingsvrijstelling	244
8.3.6	Compartimenteren	244
8.4	Beschouwing / conclusie	245
8.4.1	De rechtsgrondslag van de deelnemingsvrijstelling en de gevolgen ten aanzien van voorwaarden en het vrij te stellen object	246
8.4.2	Compartimentering	250
8.4.3	Schematisch overzicht huidige overeenkomsten en verschillen	251
9	Concerngedachte (fiscale eenheid - Organschaft)	253
9.1	Inleiding	253
9.2	Nederland	253
9.2.1	Historische ontwikkeling	253
9.2.2	Ratio	255
9.2.3	De voorwaarden en reikwijdte	257
9.2.4	Regels en uitwerking bij het aangaan	262
9.2.5	Regels en uitwerking tijdens het bestaan	262
9.2.6	Regels en uitwerking bij het beëindigen / de verbreking	266
9.2.7	Discussiepunten in Nederland omtrent het fiscale eenheidsregime	267
9.3	Duitsland	275
9.3.1	Historische ontwikkeling	275
9.3.2	Ratio	277
9.3.3	De voorwaarden en reikwijdte	279
9.3.4	Regels en uitwerking bij het aangaan	285
9.3.5	Regels en uitwerking tijdens het bestaan	285
9.3.6	Regels en uitwerking bij het beëindigen / de verbreking	287
9.4	Beschouwing / conclusie	287
9.4.1	Het <i>Organschaft</i> regime, iets voor Nederland?	288
9.4.2	Schematisch overzicht huidige overeenkomsten en verschillen	292
10	Reorganisatiefaciliteiten (fusie en splitsing)	295
10.1	Inleiding	295
10.1.1	<i>Fusierichtlijn</i>	296
10.2	Nederland	297
10.2.1	Structuur; geen reorganisatiewet	297
10.2.2	Historische ontwikkeling	298
10.2.3	Ratio	300
10.2.4	De voorwaarden en reikwijdte	301
10.2.5	Discussiepunten in Nederland ten aanzien van de reorganisatiefaciliteiten	308
10.3	Duitsland	315
10.3.1	Structuur; Umwandlungs(steuer)gesetz	315
10.3.2	Historische ontwikkeling	320
10.3.3	Ratio	321
10.3.4	De voorwaarden en reikwijdte	322
10.4	Beschouwing / conclusie	330
10.4.1	Richtlijntekst in Duitsland beter geïmplementeerd?	331
10.4.2	Claimhandhaving; fiscale indeplaatsstelling	333
10.4.3	Een reorganisatiewet, iets voor Nederland?	334
10.4.4	Schematisch overzicht huidige overeenkomsten en verschillen	336

11	Eindbeschouwing / eindconclusie	339
11.1	Het hoe, wat en waarom van dit onderzoek (hoofdstuk 1)	339
11.2	De conclusies wat betreft het fiscale krachtenveld rondom de winstbelasting in beide landen (hoofdstuk 2)	340
11.3	De conclusies uit de rechtsvergelijkende hoofdstukken 3 t/m 10	342
11.4	Het antwoord op mijn onderzoeksvraag en bevindingen	347
12	Deutsche Zusammenfassung: Rechtsbestimmungen aus der deutschen Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer als Inspirationsquelle für die niederländische Körperschaftsteuer	353
12.1	Das wie, was und warum dieser Arbeit	353
12.2	Die Schlussfolgerungen, was das steuerliche Umfeld der Körperschaftsteuer in beiden Ländern anbelangt	355
12.3	Körperschaftsteuer allgemein	357
12.3.1	In beiden Ländern keine eindeutige Rechtsgrundlage	358
12.3.2	Die <i>Thesaurierungsbegünstigung</i> , etwas für die Niederlande?	359
12.3.3	Die <i>Gewerbesteuer</i> , etwas für die Niederlande?	360
12.4	Subjektive Steuerpflicht	361
12.4.1	Anknüpfungspunkte subjektive Steuerpflicht	362
12.4.2	Der Unterschied zwischen unbegrenzter und begrenzter Steuerpflicht	364
12.5	Steuerrechtlicher Gewinnbegriff	366
12.5.1	Ein eher <i>rule-based</i> steuerrechtlicher Gewinnbegriff, eine Option für die Niederlande?	367
12.5.2	Stärker an den handelsrechtlichen Gewinnbegriff anknüpfen, eine Option für die Niederlande?	369
12.6	Verlustverrechnung	370
12.6.1	<i>Mindestbesteuerung</i> kombiniert mit einem unbeschränkten Verlustvortrag, eine Option für die Niederlande?	371
12.6.2	Abschaffung der Holdings- und Finanzierungsverlustregelung?	373
12.6.3	Die Mantelkaufregelung, etwas für die Niederlande?	373
12.7	Finanzierung	375
12.7.1	Eine gesetzliche Bestimmung bezüglich des nicht fremdvergleichsüblichen Darlehens, eine Option für die Niederlande?	375
12.7.2	Die deutsche EBITDA-Regelung; eine Option für die Niederlande?	378
12.8	Schachtelprivileg	381
12.8.1	Die Rechtsgrundlage des Schachtelprivilegs und die Folgen im Hinblick auf Voraussetzungen und das freizustellende Objekt	381
12.8.2	Aufteilung der Einkünfte im Zuge eines Sphärenwechsels (<i>compartimentering</i>)	385
12.9	Fiscale eenheid (Organschaft)	387
12.9.1	Das <i>Organschaft</i> -System, etwas für die Niederlande?	387
12.10	Verschmelzung und Spaltung	392
12.10.1	Text der Richtlinie in Deutschland besser umgesetzt?	393
12.10.2	Handhabung des Besteuerungsanspruchs; steuerliche Rechtsstellung (<i>fiscale indeplaatstreding</i>)	394
12.10.3	Ein Umwandlungssteuergesetz, etwas für die Niederlande?	396
12.11	Schlussfolgerung	398
	Literatuurlijst	405
	Register	437

Lijst van gebruikte afkortingen

Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
AG	Aktiengesellschaft
A-G	Advocaat Generaal
ANBI	Algemeen Nut Beogende Instelling
AO	Abgabenordnung
APA	Advance Pricing Agreement
Art.	Artikel
ASTG	Außensteuergesetz
ATR	Advance Tax Ruling
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BB	Betriebsberater (tijdschrift)
BEPS	Base Erosion Profit Shifting
Besluit IB 1941	Besluit op de Inkomstenbelasting 1941
Besluit VPB 1940	Besluit op de Vennootschapsbelasting 1940
Besluit WB 1940	Besluit op de Winstbelasting 1940
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BiIMoG	Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz
BMF	Bundesfinanzministerium
BNB	Beslissingen in Belastingzaken Nederlandse Belastingrechtspraak
BR	Bundesrat
BR-Drs.	Bundesrat-Drucksache
BStBl	Bundessteuerblatt
BT	Bundestag
BT-Drs.	Bundestag-Drucksache
BV	Besloten vennootschap
Bvdb	Besluit voorkoming dubbele belasting
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BW	Bürgerlijk Wetboek
CCTB	Common Corporate Tax Base
CCCTB	Common Consolidated Corporate Tax Base
CFC	Controlled foreign corporation
CV	Commanditaire vennootschap
DB	Der Betrieb (tijdschrift)
Dga	Directeur-groootaandeelhouder
Drs.	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht (tijdschrift)
DStRE	Deutsches Steuerrecht Entscheidungsdienst (tijdschrift)
DStZ	Deutsche Steuerrecht Zeitung (tijdschrift)
EAV	Ergebnisabführungsvertrag
EBITDA	Earnings Before Interest Taxes and Amortization
EFG	Entscheidung der Finanzgerichte (tijdschrift)
Est.	Einkommensteuer
ESTG	Einkommensteuergesetz
EV	Eigen Vermogen
FBN	Fiscale berichten van het notariaat (tijdschrift)
FM	Fiscale Monografieën
FR	Finanzrundschau (tijdschrift)
GG	Grundgesetz
GewSt	Gewerbsteuer
GewStG	Gewerbsteuergesetz
GKG	Goedkoopmansgebruik

GmbH	Gesellschaft mit beschränkte Haftung
GmbHRR	GmbH Rundschau (tijdschrift)
GoB	Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung
HGB	Handelsgesetzbuch
HR	Hoge Raad
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IASC	International Accounting Standards Committee
IFRS	International Financial Reporting Standards
IStR	Internationales Steuerrecht (tijdschrift)
IWB	Internationale Wirtschafts-Briefe (tijdschrift)
JStG	Jahressteuergesetz
KG	Kommanditgesellschaft
KSt	Körperschaftsteuer
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KStR 2015	Körperschaftsteuer-Richtlinien 2015
MBB	Maandblad Belasting Beschouwing (tijdschrift)
MKB	Midden- en Kleinbedrijf
MvO	Maandblad voor Ondernemingsrecht
NOB	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
Nr.	Nummer
NTFR	Nederlands tijdschrift voor fiscaal recht (tijdschrift)
NTFR-A	Nederlands tijdschrift voor fiscaal recht Artikelen (tijdschrift)
NTFR-B	Nederlands tijdschrift voor fiscaal recht Beschouwingen
NWB	Neue Wirtschaftsbrief (tijdschrift)
p.	pagina
RGBI	Reichsgesetzblatt
Rn.	Randnummer
Rz.	Randziffer
S.	Satz
SE	Societas Europea (Europese vennootschap)
Stb.	Staatsblad
StuW	Steuer und Wirtschaft (tijdschrift)
TFB	Tijdschrift voor Formeel Belastingrecht (tijdschrift)
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht (tijdschrift)
Ubg	Unternehmensbesteuerung (tijdschrift)
UmwG	Umwandlungsgesetz
UmwStG	Umwandlungssteuergesetz
VFP	Vakblad financiële planning
V-N	Vakstudie-Nieuws (tijdschrift)
Wet IB 1914	Wet op de Inkomstenbelasting 1914
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet VPB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht (tijdschrift)
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (tijdschrift)

1 Inleiding

1.1 Aanleiding voor het onderzoek

Waarom een rechtsvergelijkend onderzoek naar de winstbelasting van lichamen¹ in Nederland en Duitsland? Mijn persoonlijke motivatie voor dit onderwerp heeft te maken met het feit dat Duitsland me van jongs af aan heeft gefascineerd. Opgegroeid aan de Nederlands-Duitse grens en kleinzoon van een in Duitsland geboren oma was en ben ik onder de indruk van de Duitse cultuur in brede zin, de goedkopere benzineprijzen (ja, ook wij gingen net over de grens tanken) en de betere prestaties van de Duitse *Nationalmannschaft*² in het bijzonder. De fascinatie voor Duitsland werd alleen nog maar groter toen ik mijn Duitse vrouw leerde kennen. De liefde voor mijn vrouw en voor de fiscaliteit ontwikkelden zich dusdanig dat ik ook steeds meer oog kreeg voor de fiscale gebeurtenissen in Duitsland.

Inmiddels houd ik me in de alledaagse fiscale adviespraktijk regelmatig bezig met Nederlands - Duitse fiscale vraagstukken op het gebied van de winstbelasting van lichamen. Het uitleggen en het overzien van de bestaande regelingen van de winstbelasting van lichamen in zowel Nederland als Duitsland is daarbij al een hele kunst op zich. Ook ben ik vaak nieuwsgierig hoe een bepaalde regeling tot stand is gekomen. Op het moment dat je de kern van een regeling onderzoekt (de ratio, oftewel de bedoeling van de wetgever of rechter), ben je mijns inziens ook veel beter in staat de bestaande regelingen uit te leggen en te overzien. Vandaar dat ik graag onderzoek wil doen naar de ratio van bepaalde regelingen en de verdere ontwikkeling daarvan ten aanzien van de winstbelasting van lichamen in zowel Nederland als Duitsland.

Daarnaast is er bij mij regelmatig de verwondering over het feit dat in Duitsland bepaalde fiscale vraagstukken al aan de orde zijn gesteld of ontwikkelingen zich al hebben voorgedaan, of juist niet. Op het moment dat de Nederlandse wetgever een nieuwe regeling heeft ingevoerd of heeft aangepast, of op het moment dat de Hoge Raad een voor de praktijk belangrijke uitspraak heeft gedaan, gaan mijn gedachten vaak naar Duitsland met de vraag hoe het daar geregeld is, of ze daar ook al te maken hebben gehad met het desbetreffende vraagstuk. Is de Nederlandse wetgever of Hoge Raad op de hoogte van de handelingen van de Duitse wetgever en rechters? Zo ja, hebben zij zich daardoor laten inspireren en zo nee, zouden zij anders hebben beslist indien dit wel het geval zou zijn geweest?

Kortom, het Duitse fiscale recht op het gebied van de winstbelasting van lichamen fascineert me. Aanleiding voor het onderzoek is dus mijn nieuwsgierigheid of de Nederlandse wetgever en rechters kunnen leren van de handelingen van de Duitse wetgever of uitspraken van rechters aldaar. Anders geformuleerd, vraag ik me af of bepaalde regelingen uit de Nederlandse winstbelasting van lichamen verbeterd kunnen worden door regelingen over te nemen uit de Duitse winstbelasting van lichamen. Daarnaast speelt mee dat ik graag onderzoek verricht in een gebied waar ik ook in de praktijk mee te maken heb en waarbij ik door onderzoek te verrichten beter inzicht krijg (en daarmee dus ook de lezer) in de bedoelingen van regelingen in de Nederlandse en Duitse winstbelasting van lichamen.

1.2 Relevantie van het onderzoek

In deze paragraaf zal ik uiteenzetten wat de meer objectieve relevantie is van een rechtsvergelijkend onderzoek met Duitsland op het gebied van de winstbelasting van lichamen en waarom Duitsland geschikt is als land om een rechtsvergelijking mee te maken.

¹ In Nederland is de winstbelasting van lichamen de vennootschapsbelasting. Ik gebruik bewust niet deze term vennootschapsbelasting, omdat in Duitsland zowel *Körperschaftsteuer* (vennootschapsbelasting) als ook *Gewerbesteuer* (ondernemingsbelasting) van lichamen wordt geheven. Ik licht dit onder andere verder toe in hoofdstuk 1.3.1.2.

² In mijn onderzoek geef ik in de hoofdttekst de Duitse woorden, of zinnen *schuingedrukt* weer.

1.2.1 Waarom een rechtsvergelijkend onderzoek met een ander land

1.2.1.1 Wetenschappelijke relevantie

Het recht is dynamisch en veranderlijk. Men kan zich afvragen welke richting het recht op moet en op welke wijze het moet veranderen, zich moet aanpassen aan de behoeften van een maatschappij die verandert. In mijn onderzoek benoem ik diverse huidige conceptuele / fundamentele discussiepunten in de Nederlandse vennootschapsbelasting. Een beproefde manier om vervolgens te onderzoeken hoe veranderingen gestalte dienen te krijgen, biedt de rechtsvergelijking.³ Een rechtsvergelijking kan gemaakt worden tussen verschillende rechtsgebieden binnen een land zelf (bijvoorbeeld het Nederlandse fiscale recht in vergelijking met het Nederlandse strafrecht), of een rechtsvergelijking van hetzelfde rechtsgebied, maar dan tussen verschillende landen. In dit onderzoek staat een rechtsvergelijking van het fiscale stelsel, meer specifiek de winstbelasting van lichamen, met een ander land (Duitsland) centraal.

Andere rechtssystemen hebben reeds bepaalde oplossingen beproefd, of behelzen leerstukken die, zo blijkt, meer flexibel op bepaalde veranderingen in de samenleving kunnen reageren. Indien naar oplossingen of alternatieven wordt gezocht voor bepaalde fiscale vraagstukken kan het dus zinvol zijn om te rade te gaan bij andere rechtssystemen. Het kan dienen om ideeën op te doen om bepaalde onderdelen van ons eigen systeem (in casu op het gebied van de winstbelasting van lichamen) te ontwikkelen of aan te passen. Anders geformuleerd, het belang van mijn rechtsvergelijkend onderzoek is dat mijn onderzoek kan dienen als inspiratiebron voor een beter begrip en de (verdere) ontwikkeling van het Nederlandse nationale recht en impliciet ook van het Duitse nationale recht.⁴ De opvatting van De Boer (die hij ontleend heeft aan Zweigert en Kötz⁵) toont mijns inziens ook de wetenschappelijke relevantie van rechtsvergelijkend onderzoek. Hij geeft aan dat een rechtsvergelijking leidt tot een vermeerdering van kennis die gebruikt kan worden ter verhoging van de kwaliteit van het eigen rechtssysteem. Naarmate onze rechtsvergelijkende kennis toeneemt, zullen we volgens hem meer alternatieven ontdekken voor de oplossing van de meest uiteenlopende juridische problemen. We leren op deze manier niet alleen de verdiensten en tekortkomingen van ons eigen recht beter kennen, maar we zouden bovendien gebruik kunnen maken van modellen die elders met vrucht worden gehanteerd. Anders geformuleerd: de rechtsvergelijking vergroot de voorraad oplossingen waaruit geput kan worden door degenen die een bijdrage leveren aan de rechtsontwikkeling.⁶

De Graaff e.a. geven aan dat rechtsvergelijkingen er niet toe hoeven te leiden dat het buitenlandse recht zonder meer wordt overgenomen, maar dat het kan dienen als slijpsteen om het eigen recht te overdenken en te funderen. Dat is niet alleen een taak voor de wetgever en de Hoge Raad, maar ook voor de rechtswetenschap.⁷ Daarnaast kan door rechtsvergelijkend onderzoek te doen bijvoorbeeld geanalyseerd worden of Nederland uit de pas loopt (in casu ten aanzien van de winstbelasting van lichamen) ten opzichte van andere landen (in casu Duitsland).

De belastingwetenschap is mijns inziens niet meer denkbaar zonder rechtsvergelijking. De internationalisering van het bedrijfsleven, de invloed van het internationale en Europese recht, de discussie omtrent de harmonisatie van belasting en de belastingontwijking van multinationals noodzaken de fiscale wetenschap haar horizon te verbreden.⁸ Tot slot sluit ik graag aan bij de woorden van De Boer die constateert dat de rechtsvergelijking een groot aantal doelen dient, waaronder het leren kennen van buitenlandse oplossingen met het oog op nieuwe wetgeving in het eigen land.⁹

³ A. Hol, *Waarom Duits recht?*, *Ars Aequi*, bijzonder nummer Duits recht, juli/augustus 2014, blz. 587.

⁴ In gelijke zin A. Hol, *Waarom Duits recht?*, *Ars Aequi*, bijzonder nummer Duits recht, juli/augustus 2014, blz. 586.

⁵ K. Zweigert/H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 2^e druk, Tübingen 1984.

⁶ Th.M. de Boer, *Vergelijkenderwijs; de inspiratie van buitenlands recht*, *WPNR* 1992/6033, blz. 42.

⁷ R. de Graaff e.a., *Woord vooraf*, *Ars Aequi*, bijzonder nummer Duits recht, juli/augustus 2014, blz. 511.

⁸ In gelijke zin P.H.J. Essers/O.A.W.J. Janssen, *Fiscale GRENSvergelijkingen*, Kluwer, 1994, blz. 14.

⁹ Th.M. de Boer, *Vergelijkenderwijs; de inspiratie van buitenlands recht*, *WPNR* 1992/6033, blz. 40.

1.2.1.2 Maatschappelijke relevantie

Dit onderzoek is mijns inziens niet alleen wetenschappelijk interessant, maar ook voor de fiscale praktijkbeoefenaren in zowel Nederland als Duitsland. Het onderzoek bevat namelijk informatie over de winstbelasting van lichamen in Nederland en Duitsland. Een fiscale praktijkbeoefenaar zal door dit onderzoek te lezen een beter inzicht krijgen in bepaalde regelingen in de Nederlandse en Duitse winstbelasting van lichamen.

Voor beleidsmakers kan het onderzoek inzicht geven en een inspiratiebron zijn. Martini verwoordt het mijns inziens treffend door te stellen dat *"Rechtsvergleichende Vorarbeiten somit eine erhebliche Rolle in der Planung und Ausführung einer gesetzgeberischen Rezeption spielen und damit zugleich Katalysator für die Angleichung der Steuerrechtssysteme sind."*¹⁰

Zowel burgers, ondernemingen als overheid hebben baat bij een goed gefundeerde en goed functionerende winstbelasting van lichamen. Alhoewel de meningen over "wat goed functioneert en wat goed gefundeerd is" uiteen zullen lopen, wordt in dit onderzoek getracht aan de hand van een analyse van wetgeving, parlementaire stukken, jurisprudentie en literatuur aan te geven wat de conceptuele / fundamentele discussiepunten zijn in de Nederlandse winstbelasting van lichamen en of daarin – door te vergelijken met Duitsland – verbeterpunten aangebracht kunnen worden. Dat de Nederlandse wetgever zelf ook op zoek is naar verbeterpunten blijkt bijvoorbeeld uit de (in het verleden) ingestelde commissie Van Weeghel, die het rapport "Continuïteit en vernieuwing"¹¹ uitbracht en de brief van staatssecretaris Wiebes bij het belastingplan 2015 met als titel "Keuzes voor een beter belastingstelsel".¹² Met name bij de voorbereiding van een (nieuwe of herziene) wet kan een rechtsvergelijking mijns inziens van waarde zijn. Door rechtsvergelijkend onderzoek met Duitsland op het gebied van de winstbelasting van lichamen is het daarnaast mogelijk om een inschatting te maken waar de Nederlandse vennootschapsbelasting in de toekomst mee te maken zou kunnen krijgen. Indien een bepaalde regeling zich in een ander land (in casu Duitsland) al verder of anders heeft ontwikkeld, kan de Nederlandse wetgever daar mogelijk rekening mee houden bij het maken van toekomstige wetgeving.

Tot slot denk ik dat één van de bijkomstigheden van dit rechtsvergelijkend onderzoek is dat door de rechtsvergelijking en beschrijving van de desbetreffende regelingen in beide landen als zodanig een ieder de belangrijkste conclusies er voor zichzelf uit kan halen.¹³ Als bijvoorbeeld blijkt dat een Nederlandse regeling ten aanzien van de winstbelasting van rechtspersonen uitstekend is gefundeerd en praktisch is in de uitvoering zou dat voor de Duitse wetgever een inspiratiebron kunnen betekenen.

1.2.1.3 Relevantie voor de fiscale praktijk

Naast de wetenschappelijke en maatschappelijke relevantie is dit onderzoek mijns inziens ook relevant voor de fiscale praktijk, uiteraard met name voor degene met een focus op de fiscale ontwikkelingen in Duitsland. In dit onderzoek staan alle hoofdzaken met betrekking tot de Duitse winstbelasting van lichamen in de Nederlandse taal uitgelegd, met daarbij de Duitse vertaling van de belangrijkste trefwoorden tussen haken schuingedrukt erachter. Ieder hoofdstuk wordt afgesloten met een schematisch overzicht waarin de overeenkomsten en verschillen tussen Nederland en Duitsland in één oogopslag duidelijk worden. Voor veel fiscalisten zullen daarnaast de literatuurverwijzingen per hoofdstuk van waarde zijn. Vrijwel alle Nederlandstalige literatuur die over het desbetreffende leerstuk uit de Duitse winstbelasting van lichamen gaat, staat daar genoemd, zodat voor gedetailleerde informatie over het desbetreffende leerstuk makkelijk nadere (verdiepende) informatie kan worden gevonden. Verder biedt hoofdstuk 2 een inblik in de achtergronden van en het fiscale krachtenveld rondom de winstbelasting in beide landen, waarbij

¹⁰ R. Martini, Über die Rezeption von Steuergesetzen, StuW 1/2011, blz. 25.

¹¹ Rapport "continuïteit en vernieuwing", datum 7 april 2010, te vinden onder <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2010/04/07/rapport-studiecommissie-belastingstelsel.html>

¹² Brief staatssecretaris van Financiën 16 september 2014, nr. AFP/2014/780, blz. 12.

¹³ Vergelijk M. Adams, Wat de rechtsvergelijking vermag, Ars Aequi maart 2011, blz. 199. "Bestudering en beschrijving van een buitenlands rechtstelsel zal onvermijdelijk doen verwijzen naar en reflecteren over het eigen of andere rechtstelsel; de gegevens zullen dus impliciet met elkaar zijn geconfronteerd en een visie op de onderlinge verhouding gevormd."

bijvoorbeeld wordt ingegaan op de totstandkoming van Nederlandse en Duitse fiscale wetgeving, toetsing door Duitse rechters en op de verschillen in de uitvoeringssfeer (de werkwijze van de *Finanzverwaltung* ten opzichte van de Belastingdienst en bijvoorbeeld het rulingsbeleid). Tot slot mag mijns inziens ook niet onvermeld blijven de uitleg in hoofdstuk 1.6.3.1 hoe Duitse wetten, parlementaire stukken, jurisprudentie en literatuur gezocht en weergegeven (kunnen) worden.

1.2.2 Waarom Duitsland?

“Als Duitsland niest, wordt Nederland verkouden”. Dit gezegde wordt vaak gebruikt om de (economische) relatie tussen Nederland en Duitsland uit te drukken. Historisch en economisch gezien gaan de betrekkingen tussen Nederland en Duitsland (en de voorgangers van het huidige Duitsland) eeuwen terug. Naast het feit dat ons Koningshuis van “Duits bloed” is, Duitsland het grote buurland van Nederland is en economisch gezien één van de sterkste landen ter wereld, zijn er genoeg andere argumenten om juist met Duitsland een rechtsvergelijking te maken.

1.2.2.1 Het Duitse (belasting)recht

Het Nederlandse en Duitse belastingstelsel hebben veel raakvlakken. De wortels van onze huidige winstbelasting van lichamen (net als overigens die van de inkomsten- en loonbelasting) gaan terug naar de Duitse bezetting (zie hierover uitgebreid hoofdstuk 3.2.3). Ook dit historische gegeven maakt dat Duitsland een uitermate geschikt land is om een rechtsvergelijking mee te maken. Er is immers een gerede kans aanwezig dat eventuele verbeteringen uit de in de grond verwante Duitse winstbelasting van lichamen goed in te passen zijn in het Nederlandse systeem.¹⁴ Ook Van Dijck komt tot de voor hem paradoxaal klinkende conclusie dat de relevantie van rechtsvergelijking groter wordt naarmate het bewuste rechtsstelsel ons meer nabij is en noemt daarbij Duitsland.¹⁵ Het Duitse recht kenmerkt zich door een grondige en doordachte rechtsdogmatiek. Rechtsbegrippen en fiscale beginselen zijn uitgebreid uitgeschreven en systematisch verwerkt. Zonder dit punt op dit moment concreet te onderbouwen, wordt over het algemeen aangenomen dat in Duitsland veel stringenter wordt vastgehouden aan de basisprincipes en uitgangspunten voor belastingheffing dan in Nederland.¹⁶ Bovend'Eert schreef hierover “*Naar goed Hollands (koopmans-) gebruik pleegt men hier te lande niet snel te vervallen in “zware” theoretische beschouwingen over de grondslagen van het staatsbestel. Constitutionele problemen moeten vooral praktisch worden opgelost.*”¹⁷ Er is relatief veel fiscale jurisprudentie en over het algemeen wordt aangenomen dat in de Duitse fiscale literatuur ieder (fiscaal) detail uitvoerig beschreven staat. De Duitse fiscale bibliotheek schijnt de grootste ter wereld te zijn en ook de jurisprudentie kenmerkt zich doordat er naast het oordeel veelal tevens een uitgebreide uitleg van de betreffende rechter te vinden is over hoe het oordeel tot stand is gekomen. In eerste instantie is het al interessant om er achter te komen of bovenstaande veronderstellingen daadwerkelijk kloppen. Indien dat zo is, zou dat betekenen dat in Duitsland een schat aan informatie te vinden is (meer dan elders ter wereld) ten aanzien van de winstbelasting van lichamen. Het zou dus kunnen dat Duitsland veel principiëler is dan Nederland als het gaat om winstbelasting van lichamen. Dat roept de vraag op waarom wij iets van Duitsland zouden moeten leren. Moeten wij Duitsers worden? Nee, dat lijkt me niet nodig, niet wenselijk en zelfs niet mogelijk, maar mijns inziens moet ons fiscale rechtssysteem wel goed theoretisch onderbouwd zijn (Duits) en vervolgens in de uitvoering, indien nodig, pragmatische oplossingen kiezen (Nederlands). Zo zouden

¹⁴ Vergelijk Adams die aangeeft dat “om tot vergelijking te kunnen komen moet er natuurlijk tot op zekere hoogte overeenstemming bestaan tussen de te onderzoeken jurisdicties voor wat betreft de te onderzoeken kwestie”, M. Adams, Wat de rechtsvergelijking vermag, *Ars Aequi* maart 2011, blz. 200.

¹⁵ “Rechtsvergelijking met het nagenoeg gelijke belastingsysteem van Duitsland is voor mij - door de jaren heen - uitermate zinvol geweest. Alleen indien met zich in de ander kan inleven, kan de verwondering over de verschillen een plaats krijgen.” J.E.A.M. van Dijck, *Rechtsvergelijking*, WFR 2003/1963.

¹⁶ Vergelijk R. de Graaff e.a. die opmerken dat de Duitse rechtswetenschap het toonbeeld is van een (gezonde) drang tot systematisering van het recht, die hier te lande soms ietwat karikaturaal wordt afgeschilderd, R. de Graaff e.a. *Woord vooraf*, *Ars Aequi*, bijzonder nummer Duits recht, juli/augustus 2014, blz. 511.

¹⁷ P.P.T. Bovend'Eert, De rechterlijke organisatie: een nieuwe buitendienst van het Ministerie van Justitie? *NJB* 1996, blz. 671.

we mijns inziens het beste van twee werelden combineren. Het Duitse belastingrecht kan dus een rijke bron van inspiratie zijn voor ons belastingrecht.

1.2.2.2 Handelsrelatie

Duitsland is economisch gezien van enorm belang voor Nederland. Het is met afstand de belangrijkste handelspartner, zowel op het gebied van export als van import. Het jaarlijkse handelsvolume tussen de twee landen behoort tot de grootste ter wereld. Een vijfde van de totale Nederlandse export en een kwart van de export van agrarische producten gaat naar Duitsland.¹⁸ De omvangrijke en nauwe economische betrekkingen tussen beide landen zorgen ook voor een omvangrijk juridisch, economisch en ook fiscaal verkeer. Om die reden is het interessant om te analyseren welke verschillen en overeenkomsten er zijn op het gebied van de winstbelasting van lichamen.

1.2.2.3 Politieke betrekkingen

Ook ten aanzien van politieke betrekkingen zijn er (zowel historische als actueel) nauwe banden tussen Nederland en Duitsland. De Nederlandse rijksoverheid betitelt deze als “uitstekend” en wijst op vele gezamenlijke initiatieven en inzet in de Europese Unie, NAVO en VN.¹⁹ Ik ben het met Hol eens dat versterking van deze politieke betrekkingen kennis van en inzicht in het Duitse rechtssysteem veronderstelt²⁰ - en dus mijns inziens ook op het gebied van de belastingen - om samenwerking juridisch en economisch goed te kunnen verankeren.

1.2.2.4 Internationale verhoudingen

Nederland heeft van oudsher andere fiscale en economische belangen dan Duitsland. Daar waar Duitsland een traditioneel industrieland is en een grote binnenlandse (afzet)markt heeft, kenmerkt Nederland zich meer als dienstverleningsland en de aanwezigheid van een zogenoemde “VOC-mentaliteit” (zie ook hoofdstuk 2.3.1). Daarbij speelt de grootte van de landen ook een rol. Een belangrijk fiscaal gevolg daarvan is dat Nederland zich altijd ingespannen heeft om een aantrekkelijk fiscaal vestigingsklimaat te creëren en om kapitaalimportneutraliteit na te streven. Duitsland kent deze behoefte minder. Het wekt dan ook geen verbazing dat Duitsland op dit moment veel actiever het voortouw neemt om bijvoorbeeld belastingontwijking aan te pakken en niet of in veel mindere mate meedoet met het concurreren op het gebied van belastingfaciliteiten. Door het maken van een rechtsvergelijking met de Duitse winstbelasting van lichamen kan de Nederlandse vennootschapsbelasting mijns inziens daardoor goed in internationaal perspectief geplaatst worden. Loopt Nederland uit de internationale pas als het gaat om de winstbelasting van lichamen? Met name ten aanzien van de huidige belastingontwijkingdiscussie is dit een relevante (maatschappelijke) vraag.

Een vergelijking tussen beide systemen zal ook interessante conclusies opleveren inzake de kwestie in hoeverre beide stelsels nu echt van elkaar afwijken. Dit kan interessant zijn in het licht van de wens (van sommigen) om de Europese stelsels ten aanzien van winstbelasting van lichamen nader op elkaar af te stemmen. Zie hierover meer in hoofdstuk 2.7.

1.3 Onderzoeksvraag

Een rechtsvergelijking tussen Nederlandse en Duitse rechtsregels in de winstbelasting van lichamen zal leiden tot een overzicht van overeenkomsten en verschillen tussen de desbetreffende rechtsregels. Hoewel een dergelijk overzicht op zich al interessant genoeg kan zijn, heb ik ook een doel met de rechtsvergelijking. Een rechtsvergelijking tussen de Nederlandse winstbelasting van lichamen en de Duitse winstbelasting van lichamen zou vanuit verschillende invalshoeken en overwegingen vormgegeven kunnen worden. In mijn onderzoek staat de volgende vraag centraal:

Welke rechtsregels uit de Duitse winstbelasting van lichamen zijn aanbevelenswaardig voor de Nederlandse vennootschapsbelasting?

¹⁸ www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/betrekkingen-met-nederland/duitsland.

¹⁹ www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/betrekkingen-met-nederland/duitsland.

²⁰ Vergelijk A. Hol, *Waarom Duits recht?*, *Ars Aequi*, bijzonder nummer Duits recht, juli/augustus 2014, blz. 587.

Om tot een antwoord te komen op deze vraag bouw ik ieder hoofdstuk als volgt op (zie ook hoofdstuk 1.4):

- Hoe is de desbetreffende rechtsregel (het leerstuk) in de huidige Nederlandse vennootschapsbelasting vormgegeven?
- Welke (conceptuele of fundamentele) discussiepunten spelen er in Nederland ten aanzien van de desbetreffende rechtsregel? Hierbij ga ik in op reeds geopperde oplossingsrichtingen, geef mijn eigen mening over de discussiepunten en de oplossingsrichtingen en beoordeel ik de rechtsregel aan de hand van een voor mijn onderzoek geconcretiseerd toetsingskader.
- Hoe is de desbetreffende rechtsregel (het leerstuk) in de huidige Duitse winstbelasting van lichamen vormgegeven en wat zijn de ervaringen in Duitsland met de rechtsregel?
- Is deze rechtsregel uit de Duitse winstbelasting van lichamen aanbevelenswaardig voor de Nederlandse vennootschapsbelasting? Hierbij toets ik de Duitse rechtsregel aan de hand van het voor mijn onderzoek geconcretiseerde toetsingskader.

In de volgende paragraaf zal ik de gebruikte termen uit mijn onderzoeksvraag en het toetsingskader nader toelichten.

Ik merk op dat uit mijn rechtsvergelijkend onderzoek mogelijk ook andere conclusies getrokken kunnen worden, of het zou een mogelijke aanzet kunnen geven voor een (ander) vervolgonderzoek. Daarbij denk ik bijvoorbeeld aan:

- Welke rechtsregels in de *Nederlandse* winstbelasting van lichamen kunnen aanbevelenswaardig of een inspiratie zijn voor de *Duitse* winstbelasting van lichamen?
- Welke rechtsregels lenen zich voor *Nederlands - Duitse harmonisatie* van winstbelasting van lichamen, daarbij de (fiscale) belangen van zowel Nederland als Duitsland in ogenschouw nemend?²¹
- Welke rechtsregels in de Nederlandse winstbelasting van lichamen lenen zich er voor om *onderscheidend te zijn ten opzichte van de Duitse winstbelasting* van lichamen om zodoende een zo aantrekkelijk mogelijk fiscaal vestigingsklimaat te behouden of te creëren?

Om mijn onderzoek qua omvang enigszins binnen de perken te houden, ga ik zelf niet expliciet in op deze drie bovengenoemde punten.

1.3.1 De gebruikte termen uit de onderzoeksvraag en toetsingscriteria

1.3.1.1 *Rechtsregels*

Met "rechtsregels" bedoel ik regels in de breedste en ruimste zin van het woord. Dit kunnen in de door mij bedoelde interpretatie zowel wettelijke vastgelegde regels zijn, alsmede (interpretatie van) regels die door de rechterlijke macht tot stand zijn gekomen. Het kan gaan om een aantal rechtsregels tezamen (een leerstuk), of juist om een individuele rechtsregel. Het kan ook gaan om een deel van een rechtsregel, op het moment dat bijvoorbeeld de rechtsregel *in zijn geheel* niet aanbevelenswaardig blijkt te zijn.

Het is onmogelijk de rechtsregels uit de gehele Duitse winstbelasting van lichamen te onderzoeken en te vergelijken met de Nederlandse winstbelasting van lichamen. In dit onderzoek richt ik me concreet op, mijns inziens de meest relevante, rechtsregels in bepaalde deelgebieden. In hoofdstuk 1.4 en 1.5 zal ik aangeven hoe het onderzoek is opgebouwd en waarom ik me concreet richt op de rechtsregels en discussiepunten in de daar beschreven deelgebieden.

²¹ In dit kader merk ik op dat het voor Nederland interessant is dat uit het Duitse regeerakkoord van 7 februari 2018 blijkt dat Duitsland en Frankrijk het voortouw willen nemen voor een gemeenschappelijke belastinggrondslag voor ondernemingen. Koalitionsvertrag CDU, CSU und SPD, 7 februari 2018, "Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land". Een dergelijk streven hadden beide landen overigens ook al in 2012. In een onderzoek, het "*Grünbuch der Deutsch-Französischen Zusammenarbeit - Konvergenzpunkte bei der Unternehmensbesteuerung*", werd gekeken naar de overeenkomsten en verschillen van beide fiscale stelsels en de mogelijkheden om de systemen (grondslagen) meer op elkaar te laten aansluiten. Veel heeft dat destijds overigens niet opgeleverd.

1.3.1.2 Duitse winstbelasting van lichamen

In Duitsland wordt op landelijk niveau *Körperschaftsteuer* geheven van lichamen genoemd in het *Körperschaftsteuergesetz*. Daarnaast zijn lichamen die een activiteit in Duitsland uitoefenen *Gewerbsteuer* verschuldigd en krijgen lichamen te maken met *Solidaritätszuschlag* (solidariteitsheffing). De *Gewerbsteuer* is een gemeentelijke heffing, waarbij belasting over het object wordt geheven. De *Solidaritätszuschlag* op de inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting en bronbelasting is destijds ingevoerd om de kosten van de hereniging van West- en Oost-Duitsland te kunnen financieren. Deze bedraagt 5,5% van de betreffende belasting.²² Als Duitse winstbelasting van lichamen beschouw ik in eerste instantie alleen de *Körperschaftsteuer*. Indien de effectieve belastingdruk van een lichaam in ogenschouw wordt genomen is de *Gewerbsteuer* echter een uitermate belangrijke belasting voor lichamen. Ook zou het kunnen dat een bepaalde regeling in de *Körperschaftsteuer* alleen goed te begrijpen is als deze in samenhang met de *Gewerbsteuer* gelezen wordt. Het geheel buiten beschouwing laten van de *Gewerbsteuer* in mijn onderzoek zou mijns inziens dan ook leiden tot een onvolledige rechtsvergelijking. Sterker nog, wellicht zou het voor Nederland juist aanbevelenswaardig zijn om ook een dergelijke ondernemingsbelasting (*Gewerbsteuer*) in te voeren. Derhalve onderzoek ik in hoofdstuk 3 of invoering van de Duitse *Gewerbsteuer* een optie voor Nederland zou kunnen zijn. Aangezien de *Gewerbsteuer* een objectbelasting is en daarmee een ander karakter heeft dan de *Körperschaftsteuer*, vinden er correcties plaats ten aanzien van de *Körperschaftsteuer*grondslag (zie hoofdstuk 3.3.1.2). Deze correcties dienen er in eerste instantie dus toe om de principes van de *Gewerbsteuer* als objectbelasting tot hun recht te laten komen.²³ De rechtsregels in de *Gewerbsteuer* die het uiteindelijke object van heffing bepalen, zijn mijns inziens daarmee minder relevant voor mijn onderzoek. Bovendien zou het systematisch beschrijven en analyseren van de rechtsregels in de *Gewerbsteuer* leiden tot een te omvangrijk onderzoek. Vanwege het feit dat de belastinggrondslag van de *Gewerbsteuer* grotendeels overeenkomt met de belastinggrondslag en rechtsregels uit de *Körperschaftsteuer* heb ik er voor gekozen om de rechtsregels van de *Gewerbsteuer* niet systematisch (integraal) te onderzoeken. Ik zal wel opvallende, afwijkende rechtsregels uit de *Gewerbsteuer* behandelen die een grote invloed hebben op de rechtsregels uit de *Körperschaftsteuer* of waarvan ik denk dat deze mogelijk aanbevelenswaardig zijn voor de Nederlandse winstbelasting van lichamen.

In hoofdstuk 3 ga ik nader in op de geschiedenis, rechtsgronden en huidige stand van zaken omtrent de *Körperschaftsteuer* en *Gewerbsteuer* in Duitsland. De *Solidaritätszuschlag* wordt in mijn onderzoek niet verder uitgewerkt. Laatstgenoemde betreft een opslag en is mijns inziens niet interessant voor verder onderzoek.

1.3.1.3 Lichamen

Onder de term lichaam versta ik een juridische verschijningsvorm die onderworpen is aan de vennootschapsbelasting in Nederland, of aan de *Körperschaftsteuer* én *Gewerbsteuer* in Duitsland. Ik heb gekozen voor de term lichaam en bijvoorbeeld niet voor de term rechtspersoon, omdat de vennootschapsbelasting niet alleen van rechtspersonen wordt geheven maar ook van andere juridische verschijningsvormen zoals de (open) CV. De term rechtspersonen en de afbakening ten opzichte van andere personen (natuurlijke personen en personenvennootschappen) zal ik nader uiteenzetten in hoofdstuk 4.

²² In het op 7 februari 2018 gepubliceerde regeerakkoord heeft de nieuwe regering CDU/CSU en SPD aangekondigd de *Solidaritätszuschlag* stapsgewijs te willen afschaffen. De eerst stap zou gezet moeten worden door verhoging van de vrije voet (in de inkomstenbelasting). Koalitionsvertrag CDU, CSU und SPD, 7 februari 2018, "Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land".

²³ Ernst & Young, *Studie: Aspecten van de Duitse Gewerbsteuer*, blz. 22.

1.3.1.4 Vennootschapsbelasting

In Nederland is de winstbelasting van lichamen de vennootschapsbelasting.²⁴ In hoofdstuk 3 zal ik de geschiedenis, rechtsgronden en huidige stand van zaken omtrent de vennootschapsbelasting uiteenzetten.

1.3.1.5 Aanbevelenswaardig

De vraag naar wat de beste, meest rechtvaardige, economisch meest optimale winstbelasting van lichamen is, schijnt volgens Tipke net zo oud te zijn als de winstbelasting van lichamen zelf.²⁵ De meningen van fiscalisten zijn vaak al verdeeld. Daarnaast hebben economen, juristen, liberalen, socialisten, kapitalisten, communisten, ouderen, jongeren, belastingplichtigen, overheid enz. hoogstwaarschijnlijk allemaal een andere kijk op wat verstaan kan worden onder een "betere" winstbelasting van lichamen. En misschien is "niets veranderen" wel de beste oplossing. In dat kader vind ik de zienswijze van Hey en Schön vermeldingswaardig. Zij wijzen beiden op de valkuilen van teveel hervormingsdrang. Hun betoog komt er op neer dat de praktijk na belastinghervormingen vaak jaren bezig is te ontraadselen wat de wetgever nu precies wilde.²⁶ De toenemende complexiteit van het recht wordt volgens Schön vaak veroorzaakt door wettelijke veranderingen. Iedere wettelijke verandering brengt namelijk onzekerheid met zich mee.²⁷

Ik ben mij er van bewust dat wat ik hieronder als aanbevelenswaardig voor de Nederlandse vennootschapsbelasting zie, mijn eigen keuze is en geen algemeen maatschappelijk aanvaardbare keuze hoeft te zijn.²⁸ Het recht is immers geen wiskunde en een rechtsbeginsel of argument weegt voor de één zwaarder dan voor de ander. Daarnaast geeft mijns inziens Van der Geld²⁹ het goed weer door er op te wijzen dat een passend belastingsysteem geen statisch gegeven is, maar plaats- en tijdgebonden. En zelfs gegeven die plaats en tijd is er volgens hem niet zoiets als hét optimale belastingsysteem. Wat aanbevelenswaardig is, zal dus altijd deels subjectief zijn, maar het onderzoek en mijn mening kan wel zo veel mogelijk geobjectiveerd worden door het hanteren van een toetsingskader (zie hoofdstuk 1.3.2) en het zo transparant mogelijk weergeven van de (dan nog resulterende) subjectieve keuzes.

²⁴ In dit onderzoek wordt niet ingegaan op de belastingregels die gelden voor de tot het Koninkrijk der Nederland horende landen Aruba, Curaçao en Sint Maarten.

²⁵ Tipke, die Steuerrechtsordnung, 2^e Auflage, Otto-Schmidt 2003, blz. 1192.

²⁶ J. Hey, Perspektiven der Unternehmensbesteuerung, Gewerbesteuer – Gruppenbesteuerung – Verlustverrechnung – Gewinnermittlung, StuW 2/2011. *"Sich im Steuerrecht über Perspektiven Gedanken zu machen, ist eine ambivalente Angelegenheit. Einerseits besteht überall Reformbedarf. Steuerpraxis und Steuerwissenschaft sind unzufrieden mit dem status quo. Andererseits fehlt das Zutrauen in den Gesetzgeber. Stillstand verspricht zumindest Planungssicherheit. [...] Die Praxis ist nach Steuerreformen meist auf Jahre damit beschäftigt zu enträtseln, was der Gesetzgeber wollte, und ist deshalb teilweise geneigt, sich auch mit suboptimalen Zuständen abzufinden, solange man sich nur auf sie einstellen kann. Umso qualvoller sind halbherzige Schritte, wie sie zum Teil in den Unternehmensteuerreformen 2000 und 2008 unternommen wurden, weil sie, ohne eine wirkliche Verbesserung zu erzielen, auf Jahre erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich bringen. Dies lässt sich nur verhindern, wenn grundsätzliche Reformthemen auch grundsätzlich angegangen werden."*

²⁷ W. Schön, Steuervereinfachung: Vermeidbare und unvermeidbare Hindernisse, StuW 1/2002. *"Ein wesentliches Element der Verkomplizierung des Rechts liegt in der Häufigkeit der gesetzlichen Änderungen begründet."* [...] *"Wer immer eine Vereinfachung des Steuerrecht fordert, muss sich darüber im klaren sein, dass jede Änderung des Steuergesetzes per se eine Verkomplizierung, ein Neulernen, eine Umstellung mit sich führt."* [...] *"Die Praxis verlangt daher vom Gesetzgeber Stabilität, d.h. eine "folgerichtige" Bereinigung des neuen Systems, die Beseitigung technischer Mängel, die Herstellung von Widerspruchsfreiheit im Detail. Wer demgegenüber eine grundstürzende Reform und Vereinfachung vorhat, der muss darlegen und beweisen dass seine Pläne diesen Wert einer sich langsam stabilisierenden Rechtsordnung deutlich übersteigen."*

²⁸ Vergelijk L.J.A. Pieterse, Beoefening van de belastingwetenschap, NTFR 2012/404.

²⁹ J.A.G. van der Geld, Fiscaliteit in een steeds veranderende wereld in Wetgevingskunsten (Vriendenbundel aan Jan Kees Bartel), 2010, blz. 107.

1.3.2 Toetsingskader

Uit hoofdstuk 2.9.1 zal blijken dat zowel in Nederland als Duitsland fiscale wetten democratisch tot stand komen, met inachtneming van kwaliteitseisen voor fiscale wetgeving en rekening houdend met al dan niet fiscale geschreven en ongeschreven rechtsbeginselen. Vanaf hoofdstuk 3 zal ik verschillende rechtsregels (leerstukken) van de vennootschapsbelasting uiteenzetten en daarbij de mijns inziens meest relevante conceptuele / fundamentele discussiepunten (zie hoofdstuk 1.4) ten aanzien van deze rechtsregels (leerstukken) weergeven. Deze discussiepunten toets ik aan de hand van een toetsingskader.

1.3.2.1 *Nota Zicht op wetgeving*

In Nederland zijn criteria, die de kwaliteit van wetgeving moeten waarborgen, vastgelegd in de nota Zicht op wetgeving. Deze nota handelt over de rechtsstatelijke en bestuurlijke kwaliteit van de wetgeving en betreft daarmee tevens de kwaliteit van de overheid en haar beleid in algemene zin.³⁰ Bij de beantwoording van de vraag of een voornemen voor nieuwe regelgeving noodzakelijk is en de vraag op welke wijze de regeling dient te worden ingericht, wordt gelet op zes kwaliteitseisen, namelijk (i) rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen, (ii) doeltreffendheid en doelmatigheid, (iii) subsidiariteit en evenredigheid, (iv) uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, (v) onderlinge afstemming en (vi) eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid. Hieronder zal ik toelichten wat onder de desbetreffende criteria wordt verstaan.³¹

1.3.2.1.1 Rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen

Een rechtsregel zal volgens de nota recht moeten doen aan het internationale en communautaire recht, de Grondwet en algemene rechtsbeginselen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel. In de nota wordt aangegeven dat daarnaast ook andere juridische aspecten, zoals het juiste niveau van regelgeving, attributie en delegatie van bevoegdheden, inwerkingtreding en overgangsrecht de aandacht verdienen. Toegespitst op de fiscale wetgeving vallen mijns inziens ook andere fiscale rechtsbeginselen onder deze toets, zoals het draagkrachtbeginsel³² als concretisering van het gelijkheidsbeginsel en het neutraliteitsbeginsel (bijvoorbeeld rechtsvormneutraliteit vanuit juridisch perspectief en een zo min mogelijk economisch verstorende belastingheffing en financieringsneutraliteit vanuit een economische perspectief).

1.3.2.1.2 Doeltreffendheid (effectiviteit) en doelmatigheid (efficiëntie)

Een rechtsregel zal in belangrijke mate tot de verwezenlijking van de door de wetgever beoogde doelstellingen moeten leiden. In de nota wordt aangegeven dat hiervoor is vereist dat voorafgaand aan het ontwerpen van een wettelijke regeling de daaraan ten grondslag liggende doelstellingen helder en volledig moeten worden geformuleerd. Onbedoelde negatieve neveneffecten moeten zoveel mogelijk worden voorkomen. Hier valt mijns inziens ook onder het zoveel mogelijk vermijden van zogenoemde underkill/overkill. Geconcretiseerd voor fiscale wetgeving kan mijns inziens de eis

³⁰ Nota Zicht op wetgeving 1991, Kamerstukken II, 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2, blz.1.

³¹ Nota Zicht op wetgeving 1991, Kamerstukken II, 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2, blz. 8 en 23. Voor een uitwerking en toelichting verwijs ik naar blz. 23 t/m 30 van de genoemde kamerstukken. Vanuit een fiscaal perspectief zijn de rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving onder andere uiteengezet door J.L.M. Gribnau in A.C. Rijkers/H. Vording, Vijf jaar Wet IB 2001, Kluwer, 2006, hoofdstuk 1.

³² Er kan gediscussieerd worden of het draagkrachtbeginsel überhaupt van toepassing is in de vennootschapsbelasting. Als de vennootschapsbelasting wordt gezien als een voorheffing van de inkomstenbelasting dan is toepassing van het draagkrachtbeginsel voorbehouden aan natuurlijke personen. Echter, als draagkracht wordt uitgelegd als "het vermogen belasting te betalen", of meer vanuit een antropomorfe visie (wat de inkomstenbelasting is voor natuurlijke personen, is de vennootschapsbelasting voor rechtspersonen) kan betoogd worden dat het draagkrachtbeginsel ook van toepassing kan zijn ten aanzien van rechtspersonen. In mijn onderzoek zal toetsing aan het draagkrachtbeginsel op meerdere plekken naar voren komen, aangezien (met name) in Duitsland de vraag bij diverse regelingen opkomt of de regeling in overeenstemming is met het draagkrachtbeginsel (als concretisering van het gelijkheidsbeginsel).

van doeltreffendheid en doelmatigheid ook zo geformuleerd worden dat de uitwerking (wettelijke of rechterlijke invulling van de rechtsregel) moet sporen met de ratio.

1.3.2.1.3 Subsidiariteit en evenredigheid (vereiste van proportionaliteit)

Een overheid moet niet nodeloos in de samenleving ingrijpen. Het beginsel van subsidiariteit houdt volgens de nota in dat waar mogelijk verantwoordelijkheden bij de decentrale overheden en maatschappelijke organisaties moeten worden gelaten of gelegd. Mijns inziens impliceert het subsidiariteitsbeginsel ook dat bevoegdheden op supranationaal niveau (bijvoorbeeld EU-niveau) gelegd zouden moeten worden als dat het niveau is waarop problemen het beste opgelost kunnen worden. Het proportionaliteitsbeginsel betekent de verplichting voor de overheid zorg te dragen voor een redelijke verhouding tussen de baten en lasten die uit de regeling kunnen voortvloeien.

1.3.2.1.4 Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid

Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid zijn volgens de nota essentieel voor de wetten die beogen gedragsverandering bij burgers, bedrijven, instellingen en de overheid zelf te bewerkstelligen. Rechtsregels die niet of onvoldoende uitvoerbaar of handhaafbaar zijn, dreigen volgens de nota tot een symbool c.q. een dode letter te verworden. De nota beschrijft handhaafbaarheid als de mogelijkheid om de naleving van wettelijke regels af te dwingen, zowel met behulp van juridische reacties op niet-naleving, als met het treffen van feitelijke maatregelen. Bij de uitvoerbaarheid van de wet moet volgens de nota ook rekening worden gehouden met de stand van de informatisering.

1.3.2.1.5 Onderlinge afstemming

Als de onderlinge afstemming van rechtsregels binnen een rechtsstelsel tekort schiet, ontstaan er volgens de nota inconsistenties en onnodige fricties bij lagere regelgevers, uitvoerders, handhavers, de consument en de rechter. In de nota wordt aangegeven dat onderlinge afstemming noodzakelijk is wanneer (i) regelingen weliswaar een verschillend onderwerp betreffen, maar door hun effecten sterk op elkaar inwerken en (ii) in geval van onnodige en ongewenste verscheidenheid ten aanzien van dezelfde of verwante kwesties in regelingen of in praktijken. Deze verscheidenheid kan volgens de nota bijvoorbeeld ontstaan zijn door een afzonderlijke groei van beleid en wetgeving in verschillende landen. Door harmonisatie kan deze verscheidenheid worden teruggedrongen. Een belangrijke vorm van harmonisatie is het maken van wetboeken en algemene wetten, waarop de bijzondere wetten dan moeten worden afgestemd en waarvan ze niet nodeloos mogen afwijken.

1.3.2.1.6 Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid

Rechtsregels moeten eenvoudig, duidelijk en toegankelijk zijn. In de nota wordt aangegeven dat degenen die met de regels worden geconfronteerd, de burgers, bedrijven en degenen die de regels moeten toepassen, bestuur en rechter duidelijk voor ogen moeten hebben wat de wetgever wil en bedoelt en wat zij zelf mogen of moeten doen of nalaten. Dit stelt volgens de nota hoge eisen aan de formulering van de wettelijke bepalingen en aan de structuur en vormgeving van de wet.

1.3.2.2 *Toetsingskader Raad van State*

De Raad van State hanteert een soortgelijk toetsingskader, waarbij mijns inziens elk criterium in meer of mindere mate ook terugkomt in het toetsingskader uit de nota Zicht op wetgeving. Het toetsingskader van de Raad van State bestaat uit een beleidsanalytische toets, een juridische toets en een wetstechnische toets.³³

1.3.2.2.1 Beleidsanalytische toets

De beleidsanalytische toets is een kritische analyse van de beleidsmatige aspecten van het voorstel. De toets bestaat uit drie onderdelen

- Probleembeschrijving, waarbij de volgende vragen aan de orde komen: wat is het probleem? Waarom is dit een probleem? En voor wie? Wat is de context?

³³ Voor een uitgebreide toelichting van het toetsingskader verwijs ik naar de website van de Raad van State onder "onze werkwijze" en dan "toetsingskader".

- Probleemaanpak; is de regeling wel een effectieve oplossing voor het gedefinieerde probleem?
- Uitvoering; is de voorgestelde uitvoering adequaat.

Mijns inziens komen de onderdelen doelmatigheid en doeltreffendheid (kwaliteitseis 2), subsidiariteit en evenredigheid (kwaliteitseis 3) en uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid (kwaliteitseis 4) uit de nota Zicht op wetgeving (impliciet) terug in deze toets.

1.3.2.2.2 Juridische toets

Met de juridische toets beoordeelt de Raad van State de juridische kwaliteit van een voorstel. De juridische toets bestaat uit twee onderdelen, namelijk

- Toetsing aan hoger recht (grondwet, internationaal en Europees recht en ongeschreven rechtsbeginselen zoals het beginsel van behoorlijke wetgeving en rechtszekerheid)
- Toetsing of het voorstel binnen het bestaande rechtssysteem past.

Mijns inziens komen het onderdeel rechtmatigheidseis en verwerking van beginselen (kwaliteitseis 1) en onderlinge afstemming (kwaliteitseis 5) uit de nota Zicht op wetgeving (impliciet) terug in deze toets.

1.3.2.2.3 Wetstechnische toets

Met de wetstechnische toets beoordeelt de Raad van State de technische kwaliteit van een voorstel. Het voorstel wordt beoordeeld op logische en systematische opbouw, innerlijke consistentie en gebruikte terminologie. Mijns inziens komt het onderdeel eenvoud, duidelijkheid, toegankelijkheid (kwaliteitseis 6) uit de nota Zicht op wetgeving (impliciet) terug in deze toets.

1.3.2.3 Toetsingskader NOB

Ook de belangenorganisatie Nederlandse Orde van Belastingadviseurs hanteert een eigen toetsingskader bij de reactie op wetsvoorstellen. De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB geeft bij ieder commentaar weer dat rechtszekerheid (waaronder terugwerkende kracht), verenigbaarheid met het recht, uitvoerbaarheid, effectiviteit en efficiency, regeldruk en gevolgen voor het investeringsklimaat belangrijke toetsstenen zijn. De toetsen komen met uitzondering van de laatste (gevolgen voor het investeringsklimaat) overeen met de hierboven genoemde toetsen uit de nota Zicht op wetgeving en de Raad van State.³⁴

1.3.2.4 De gebruikte toetsingscriteria in dit onderzoek

In mijn onderzoek maak ik bij de toetsing van Nederlandse en Duitse rechtsregels gebruik van de kwaliteitseisen uit de nota Zicht op wetgeving en het toetsingskader van de Raad van State, die ik ten behoeve van mijn onderzoek geconcretiseerd en op detail nader ingevuld heb. Ook het aspect "gevolgen voor het investeringsklimaat" uit het toetsingskader van de NOB zal ik meenemen. Ik licht dat hieronder toe.

1.3.2.4.1 Het inpassen in de Nederlandse vennootschapsbelasting

Voor het antwoord op de vraag of een Duitse rechtsregel aanbevelenswaardig is, is het mijns inziens allereerst relevant om te onderzoeken of een Duitse rechtsregel überhaupt valt in te passen in de Nederlandse vennootschapsbelasting. Bestaande juridische regelingen zijn zowel in Duitsland als Nederland ingebed in een ruimer geheel en een Duitse rechtsregel kan niet zonder meer (door alleen naar de afzonderlijke regeling te kijken) worden geïmplementeerd in Nederland. In hoofdstuk 2 zal ik derhalve uiteenzetten en toetsen welke mogelijke factoren van invloed kunnen zijn op de winstbelasting van lichamen in Nederland en Duitsland en of mogelijke (fundamentele) verschillen er toe leiden dat bepaalde rechtsregels bij voorbaat al niet of zeer moeizaam zijn in te passen in de Nederlandse vennootschapsbelasting. Dit komt overeen met de "onderlinge afstemming toets" uit de nota Zicht op Wetgeving en de "inpassing in het bestaande recht" toets als onderdeel van de juridische toets die de Raad van State hanteert.

³⁴ Gezien het feit dat de NOB een belangenorganisatie is met veel ondernemers als klant, is laatstgenoemde toets (gevolgen voor het investeringsklimaat) overigens niet geheel verrassend.

1.3.2.4.2 Het toetsen van (bestaande) Nederlandse discussiepunten aan kwaliteitseisen

In ieder hoofdstuk zet ik eerst uiteen hoe de desbetreffende rechtsregels (leerstukken) zijn vormgegeven in de Nederlandse vennootschapsbelasting. Vervolgens ga ik in op huidige relevante conceptuele/fundamentele discussiepunten (zie hoofdstuk 1.4) ten aanzien van deze rechtsregels. Deze discussiepunten zal ik toetsen aan de hand van door mij geconcretiseerde toetsen uit het toetsingskader van de Raad van State (en impliciet de kwaliteitseisen uit de nota Zicht op wetgeving), aangevuld door de, voor mijn onderzoek door mij belangrijke geachte, toets hoe de rechtsregel zich verhoudt ten opzichte van internationale en Europese fiscale *ontwikkelingen*. Concreet en samenvattend betekent dit dat ik het volgende toetsingskader hanteer voor de Nederlandse discussiepunten.

Fiscaal-beleidsanalytische toets

Het voldoen aan deze toets betekent:

- De uitwerking (wettelijke of rechterlijke invulling van de rechtsregel) spoort met de ratio.
- De wetgever heeft de juiste keuze gemaakt tussen het wel of niet invoeren van een wettelijke rechtsregel.
- De rechtsregel heeft geen onbedoelde negatieve neveneffecten. Underkill of overkill moet zoveel mogelijk worden voorkomen.
- De rechtsregel is op het juiste niveau ingevoerd.
- De rechtsregel zorgt voor een redelijke verhouding tussen de baten en lasten die uit de rechtsregel kunnen voortvloeien. Anders geformuleerd, de rechtsregel leidt niet tot buitenproportionele (administratieve) lasten voor de belastingplichtige of Belastingdienst.
- De rechtsregel is voldoende (praktisch) uitvoerbaar en handhaafbaar.

Fiscaal-juridische toets

Het voldoen aan deze toets betekent:

- De rechtsregel is in overeenstemming met hoger recht. Hiermee wordt bedoeld dat de rechtsregel in overeenstemming moet zijn met het internationale recht, EU-recht, de grondwet en algemene rechtsbeginselen. Zoals uit hoofdstuk 2.9.2.1 nog zal blijken, kan in Duitsland, in tegenstelling tot in Nederland, wel worden getoetst aan de grondwet en algemene rechtsbeginselen.
- De rechtsregel is in overeenstemming met de algemene (fiscale) rechtsbeginselen zoals:
 - Het gelijkheidsbeginsel.³⁵ Mijns inziens kan het draagkrachtsbeginsel worden gezien als een uitvloeisel van het gelijkheidsbeginsel en speelt het beginsel ook een rol in de vennootschapsbelasting. Uit hoofdstuk 3.2.4 zal blijken dat een lichaam zelfstandig (economische en juridisch) gezien kan worden ten opzichte van de aandeelhouder, of als een verlengstuk van de aandeelhouder. In beide gevallen speelt het draagkrachtbeginsel mijns inziens een rol. In het eerste geval direct en in het tweede geval indirect. Om draagkracht te kunnen meten, wordt in de inkomstenbelasting het inkomen van een natuurlijk persoon als uitgangspunt genomen. Mijns inziens ligt het voor de hand om draagkracht bij lichamen te meten aan de hand van de totale winst (het totaalwinstbeginsel).³⁶
 - Het neutraliteitsbeginsel. Het neutraliteitsbeginsel kan gezien worden als de wens dat de door de vennootschapsbelasting (en belastingen in het algemeen) in het leven geroepen distorsies tot een minimum worden beperkt. Er kan bijvoorbeeld worden gedacht aan (statische of dynamische) rechtsvormneutraliteit en financieringsneutraliteit.

³⁵ Albert wijst er op dat er een onderscheid gemaakt kan worden in "gelijkheid *in* de wet" en "gelijkheid *voor* de wet". In eerstgenoemd geval dient de wetgever ervoor te zorgen dat gemaakte wettelijke onderscheidingen redelijk zijn en wordt er gesproken over het gelijkheidsbeginsel als beginsel van behoorlijke wetgeving. Gelijkheid *voor* de wet betekent dat de wettelijke regel op alle gevallen waarop de regel betrekking heeft, op gelijke wijze worden toegepast en in dat geval is er sprake van het gelijkheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur. P.G.H. Albert, Appels en peren of fruit en fruit?, NTFR 2018/309.

³⁶ Zie ook hoofdstuk 1.3.2.1.1 waar ik betoog dat het draagkrachtsbeginsel vanuit een antropomorfe visie ook kan worden toegepast op lichamen.

- Het rechtszekerheidsbeginsel.
- De rechtsregel past binnen het bestaande Nederlandse rechtstelsel.

Fiscaal-wetstechnische toets

Het voldoen aan deze toets betekent:

- De rechtsregel is logisch en systematisch opgebouwd, consistent en de gebruikte terminologie duidelijk.
- De rechtsregel (en de parlementaire toelichting) is duidelijk geformuleerd.
- De rechtsregel is eenvoudig, duidelijk en toegankelijk.

Internationale/Europese fiscale ontwikkelingentoets

Naast het toetsen van de bovenstaande wat meer klassieke kwaliteitseisen van wetgeving ben ik van mening dat het voor mijn onderzoek relevant is om ook internationale en Europese *ontwikkelingen*³⁷ in ogenschouw te nemen. Ik beoordeel een rechtsregel dan met name in het licht van de C(C)CTB en het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat. Overigens vind ik niet dat de C(C)CTB, of het fiscale vestigingsklimaat leidend zouden moeten zijn voor de Nederlandse rechtsregels, maar het is mijns inziens ook niet aan te bevelen dat Nederland helemaal tegen de Europese C(C)CTB stroom inroeit, of dat Nederland helemaal geen rekening meer houdt met het fiscale vestigingsklimaat.³⁸ Ik merk op dat met name vanuit een wetenschappelijke invalshoek men zich kan afvragen of de huidige internationale (Europese) fiscale ontwikkelingen wel de juiste ontwikkelingen zijn. Het gaat mijn onderzoek te buiten om deze ontwikkelingen expliciet te toetsen. Met andere woorden heb ik voor mijn onderzoek de bestaande internationale (Europese) fiscale ontwikkelingen als uitgangspunt genomen. Daar waar relevant heb ik de ontwikkelingen voorzien van commentaar.

Het is onwaarschijnlijk dat een discussiepunt ten aanzien van alle toetsen even goed zal scoren. Bij de analyse komt de focus te liggen op de toetsen waaraan een discussiepunt *niet of in mindere mate* voldoet. De andere toetsen zullen alleen verder worden uitgewerkt, voor zover deze relevant zijn ten aanzien van het discussiepunt en/of als evident is dat er niet of in mindere mate aan is voldaan.

1.3.2.4.3 Het toetsen van de aanbevelenswaardigheid van Duitse rechtsregels

Vervolgens onderzoek ik hoe de vergelijkbare Duitse rechtsregel is vormgegeven, zet de overeenkomsten en verschillen tussen de Nederlandse en Duitse rechtsregels uiteen en geef ik expliciet aan hoe de vergelijkbare rechtsregel "scoort" ten aanzien van het hierboven, in hoofdstuk 1.3.2.4.2 beschreven toetsingskader. Mocht de Duitse rechtsregel wel, of in betere mate voldoen aan de toets waaraan de Nederlandse rechtsregel in mindere mate voldoet, dan betekent dat niet dat de Duitse rechtsregel per definitie aanbevelenswaardig is. Het zou natuurlijk kunnen dat in mindere mate wordt voldaan aan een andere toets (waar de Nederlandse rechtsregel beter aan voldoet). Derhalve zal nader worden onderzocht of de Duitse rechtsregel minstens net zo goed "scoort" ten aanzien van de overige toetsen.

Concreet en samenvattend, betekent dit dat naar mijn mening een Duitse rechtsregel aanbevelenswaardig is voor Nederland als hij op tenminste één toetsingscriterium beter scoort en op de andere niet minder dan wel de betere score op één aspect zwaarder telt dan de slechtere score op een (of meer) ander(e) terrein(en).

1.3.2.4.4 Rangorde

In de nota Zicht op wetgeving wordt aangegeven dat er geen precieze rangorde tussen de zes kwaliteitseisen bestaat. Aan de ene kant hangen de eisen soms samen of overlappen elkaar en aan de andere kant kunnen er spanningen tussen de eisen bestaan. Mijns inziens geldt dat ook voor mijn toetsingskader. Wat aanbevelenswaardig is, zal dus altijd deels subjectief zijn, omdat aan de ene

³⁷ Onder de fiscaal-juridische toets, toets ik aan internationaal en Europees *recht*.

³⁸ Uit hoofdstuk 2.3.1 zal blijken dat het streven naar (en het behoud van) een goed fiscaal vestigingsklimaat belangrijk is voor Nederland. Hoewel ik het met bijvoorbeeld Doornebal eens ben dat de invloed van de fiscaliteit op investeringsbeslissingen niet moet worden overdreven, vind ik het wel van belang dit punt mee te nemen. J. Doornebal, Vestigingsklimaat en fiscale wetgeving: enkele kritische kanttekeningen, in de Van der Geldbundel, 2016, blz. 59-64.

toets of onderdeel van de toets door mij meer waarde wordt gehecht dan aan de andere toets. De afweging zal ik zo transparant mogelijk weergeven.

In de nota wordt verder opgemerkt dat rechtmatigheid en doeltreffendheid gezien worden als de meest wezenlijke kwaliteitseisen voor wetgeving.³⁹ Hier ben ik het mee eens. De rechtmatigheidstoets houdt onder andere in dat getoetst wordt of er recht gedaan wordt aan internationaal en Europees recht. Daarnaast zal uit hoofdstuk 2.9.2.1 blijken dat in Duitsland expliciet getoetst kan worden aan de grondwet en algemene fiscale rechtsbeginselen, hetgeen perfect aansluit bij de rechtmatigheidstoets. De doeltreffendheidstoets is een belangrijke toets in mijn onderzoek, omdat daarmee de ratio van een regeling wordt vergeleken met de invulling van de regeling. Dit past goed in mijn onderzoek aangezien ik op hoofdlijnen (en niet in detail) toets of een bepaalde rechtsregel (leerstuk) aanbevelenswaardig is voor Nederland.

Mijns inziens zijn dus voor mijn onderzoek de fiscaal-beleidsanalytische en fiscaal-juridische toets de belangrijkste toetsen, gevolgd door de fiscaal-wetstechnische toets en vervolgens de internationale/Europese fiscale ontwikkelingsstoets.

1.3.3 Belang van de onderzoeksvraag

Tot op heden is er voor zover ik weet nog geen enkel systematisch onderzoek verricht naar de vraag of Duitse rechtsregels in de winstbelastingen van lichamen aanbevelenswaardig zijn voor de Nederlandse vennootschapsbelasting. Wel heb ik zelf in het verleden enkele deelonderzoeken uitgevoerd, die in dit overkoepelende onderzoek zullen terugkomen.⁴⁰ Uiteraard is er wel veel literatuur over de Nederlandse en Duitse winstbelasting van lichamen. Dit betreft veelal een beschrijving van de huidige fiscale regels en een evaluatie van eventuele discussiepunten.⁴¹ Voor de onderbouwing van mijn standpunten zal ik allereerst de Nederlandse en Duitse winstbelasting van lichamen beschrijven en evalueren. Dit doe ik echter wel vanuit mijn eigen invalshoek en op de in hoofdstuk 1.5 aangegeven werkwijze. Uiteindelijk is het doel van de uiteenzetting van de Nederlandse en Duitse winstbelasting van lichamen wel nieuw, namelijk het op een systematische manier naast elkaar zetten van beide (nationale) regelingen leidend tot mogelijke verbeteringen van de Nederlandse vennootschapsbelasting.

1.4 Opbouw van het onderzoek en de vaststelling van de discussiepunten

Mijns inziens merkt Van Hoecke terecht op dat het importeren van regels en oplossingen uit het buitenland wellicht niet werkt, vanwege een verschil in context.⁴² Alvorens een antwoord kan worden gegeven op de vraag welke rechtsregels uit de Duitse winstbelasting van lichamen aanbevelenswaardig zijn voor de Nederlandse winstbelasting van lichamen, moet mijns inziens derhalve het (fiscale) krachtenveld worden geschetst en getoetst worden of een Duitse rechtsregel überhaupt wel zou kunnen worden ingepast in de Nederlandse vennootschapsbelasting. Met andere woorden, in welk (fiscaal) perspectief kan de Nederlandse vennootschapsbelasting worden geplaatst en in welk (fiscaal) perspectief de Duitse winstbelasting van lichamen. Doel van dit hoofdstuk (hoofdstuk 2) is dus onder meer om recht te doen aan het feit dat bestaande juridische regelingen zijn ingebed in een ruimer geheel en niet zonder meer (door alleen naar de afzonderlijke regeling te

³⁹ Nota Zicht op wetgeving 1991, Kamerstukken II, 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2, blz.23.

⁴⁰ Zie F.J. Elswier/J. Grave/J. van Strien, De onzakelijke lening in rechtsvergelijkend perspectief met Duitsland, WFR 2013/6992; F.J. Elswier/J. Grave, die niederländische Einheitstheorie im Praxistest – eine Alternative für die Organschaft in Deutschland? IStR 3/2013, blz. 91-96; F.J. Elswier/J. van Strien, De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland? WFR 2012/182.

⁴¹ Ook op dit punt heb ik reeds eerder gepubliceerd in bijvoorbeeld F.J. Elswier, Ontwikkelingen in de Duitse belastingwetgeving voor kapitaalvennootschappen, SDU MBB 2010/03/04; F.J. Elswier Ontwikkelingen in de Duitse belastingwetgeving voor vennootschappen; gevolgen voor Nederland? SDU MBB 2008/04/04; U. Hohage/F.J. Elswier, Real estate - opportunities and pitfalls in Germany and the Netherlands, Intertax 03/2008, blz. 133-138.

⁴² M. van Hoecke, Methodology of Comparative Legal Research, Law and Method, blz. 3.

kijken) kunnen worden geïmplementeerd in een andere jurisdictie.⁴³ In hoofdstuk 2 ga ik in op demografische, staatsrechtelijke en bestuurlijke gegevens over beide landen (hoofdstuk 2.2), economische factoren (hoofdstuk 2.3), maatschappelijke ontwikkelingen (hoofdstuk 2.4), culturele invloeden (hoofdstuk 2.5), politieke invloeden (hoofdstuk 2.6), Europese fiscale ontwikkelingen (hoofdstuk 2.7), internationale fiscale ontwikkelingen (hoofdstuk 2.8), het ontstaan en toetsing van fiscale wetgeving (hoofdstuk 2.9), uitvoering van fiscale wetgeving (hoofdstuk 2.10) en andere rechtsgebieden (hoofdstuk 2.11).

Als het (fiscale) krachtenveld is geschetst, vindt er vervolgens een rechtsvergelijkend onderzoek plaats naar de rechtsregels in de Nederlandse vennootschapsbelasting in vergelijking met rechtsregels in de Duitse winstbelasting van lichamen ten aanzien van de volgende leerstukken: winstbelasting van lichamen (algemeen), geschiedenis, rechtsgronden, relatie met *Gewerbsteuer* en inkomstenbelasting (hoofdstuk 3); subjectieve belastingplicht (hoofdstuk 4); fiscale winstbegrip (hoofdstuk 5); verliesverrekening (hoofdstuk 6); financiering, onzakelijke lening en renteaftrekbepkeringen (hoofdstuk 7); deelnemingsvrijstelling, cfc-wetgeving en compartimenteren (hoofdstuk 8); concerngedachte, fiscale eenheid en *Organshaft* (hoofdstuk 9); reorganisatiefaciliteiten, fusie en splitsing (hoofdstuk 10).

Hoofdstuk 3 tot en met 10 zijn als volgt opgebouwd: in de inleiding geef ik aan welk leerstuk en welke rechtsregels ik onderzoek en wat ik niet nader onderzoek. Vervolgens komt het gedeelte waarin ik de hoofdzaken van het desbetreffende leerstuk in Nederland uiteenzet. In deelparagrafen ga ik achtereenvolgens in op de historische ontwikkeling, ratio, huidige kenmerken en huidige discussiepunten/ervaringen. Uit een analyse van wetgeving, parlementaire stukken, jurisprudentie en literatuur heb ik in ieder hoofdstuk de meest conceptuele / fundamentele discussiepunten vastgesteld. Mijns inziens ligt het voor de hand hier bij aan te sluiten, omdat daarmee de kern (oorsprong) van een leerstuk nader wordt onderzocht. Een onderzoek naar discussiepunten op detailniveau is mijns inziens minder geschikt, aangezien het grotere geheel (waarin de rechtsregel is ingebed) dan mogelijk uit het oog wordt verloren. Bovendien is de kans groter dat rechtsregels op detailniveau in de toekomst zullen wijzigen. Een enkele keer is de afweging geweest een discussiepunt te benoemen vanwege een bij mij van tevoren bekend Duits (mogelijke interessant) leerstuk dat we in Nederland niet kennen (bijvoorbeeld in hoofdstuk 3 de *Gewerbsteuer* en in hoofdstuk 10 het *Umwandlungssteuergesetz*). Ik heb de volgende discussiepunten vastgesteld:

Hoofdstuk 3: Winstbelasting

- Een eenduidige rechtsgrondslag voor de winstbelasting van lichamen.
- Een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting en de *Thesaurierungsbegünstigung*.
- Een grotere rol voor gemeentelijke belasting en de *Gewerbsteuer*.

Hoofdstuk 4: Subjectieve belastingplicht

- De aanknopingspunten voor de subjectieve belastingplicht van onbeperkt binnenlands belastingplichtigen.
- Het onderscheid tussen beperkte en onbeperkte belastingplicht.

Hoofdstuk 5: Fiscaal winstbegrip

- Het hanteren van een "rule-based principle" of een "principle-based principle".
- Het meer aansluiten van het fiscale winstbegrip bij het commerciële winstbegrip.

Hoofdstuk 6: Verliesverrekening

- Verliesverrekeningstermijnen en *Mindestbesteuerung*.
- Het afschaffen van de houdster - en financieringsverliesregeling.
- De regeling ter voorkoming van de handel in verlieslichamen en de *Mantelkaufregelung*.

Hoofdstuk 7: Financiering en renteaftrekbepkeringen

- Een wettelijke bepaling inzake de onzakelijke lening.
- Het hanteren van specifieke of generieke renteaftrekbepkeringen en de Duitse earningsstrippingregeling (*Zinsschranke*).

Hoofdstuk 8: Deelnemingsvrijstelling

- Een eenduidige rechtsgrondslag voor de deelnemingsvrijstelling, waarbij ik ook inga op CFC-regelgeving.

⁴³ Vergelijk M. Adams, Wat de rechtsvergelijking vermag, *Ars Aequi*, maart 2013, blz.195.

- Compartimentering.

Hoofdstuk 9: Fiscale eenheid

- Een mogelijk alternatief voor het fiscale eenheidsregime, de *Organschaft*.

Hoofdstuk 10: Reorganisatiefaciliteiten

- De implementatie van de Fusierichtlijntekst in de nationale wet.
- Claimhandhaving; fiscale indeplaatsstreding.
- Een reorganisatiewet (*Umwandlungssteuergesetz*).

De huidige discussiepunten toets ik aan mijn in hoofdstuk 1.3.2.4 besproken toetsingskader, namelijk aan de i. fiscaal-beleidsanalytische toets, ii. fiscaal-juridische toets, iii. fiscaal-wetstechnische toets en iv. internationale/Europese fiscale ontwikkelingsonttoets. Ik zal met name ingaan op de toetsen waaraan niet of in mindere mate wordt voldaan. Tevens zal ik nadrukkelijk ingaan op reeds aangegane oplossingsrichtingen en mijn eigen zienswijze weergeven. Dan volgt een uiteenzetting van de hoofdzaken van het desbetreffende leerstuk in Duitsland, waarbij ik zoveel mogelijk eenzelfde hoofdstukindeling aanhoud als bij de Nederlandse uiteenzetting. Tot slot volgt een conclusie/beschouwing waarin ik de verschillen en overeenkomsten tussen de Nederlandse en Duitse rechtsregel nader schets en ik antwoord geef op de vraag of Duitsland rechtsregels of een aanpak heeft die ten aanzien van de geformuleerde discussiepunten aanbevelenswaardig zouden kunnen zijn voor Nederland. Daarbij analyseer ik of de Duitse rechtsregel mogelijk wel een oplossing biedt voor de geconstateerde Nederlandse discussiepunten en beoordeel ik of de Duitse rechtsregel voldoet aan de in hoofdstuk 1.3.2.4 overige besproken toetsen uit mijn toetsingskader. Op het moment dat ik tot de conclusie kom dat een Duitse rechtsregel niet aanbevelenswaardig is, is een vervolgvraag hoe de Nederlandse rechtsregel dan wel ingevuld zou moeten worden. Alhoewel het opstellen van een dergelijke blauwdruk van een nieuwe vennootschapsbelasting het bestek van mijn onderzoek te buiten gaat, geef ik op hoofdlijnen wel mijn zienswijze hierover weer in de desbetreffende hoofdstukken. Ik sluit ieder hoofdstuk af met een schematische weergave waarin ik in een samenvatting alle relevante overeenkomsten en verschillen tussen de desbetreffende Nederlandse en Duitse rechtsregels / het leerstuk weergeef.

In hoofdstuk 11 volgt een samenvatting en conclusie met een antwoord op de vraag welke rechtsregels (leerstukken/gedachten) uit de Duitse winstbelasting van lichamen aanbevelenswaardig zijn voor de Nederlandse vennootschapsbelasting.

1.5 Afbakening van het onderzoek

In dit onderzoek gaat het om de winstbelasting van lichamen in Nederland en Duitsland. Dit is de grootste afbakening in dit onderzoek. Het te onderzoeken gebied is dus de Nederlandse vennootschapsbelasting, de Duitse *Körperschaftsteuer* en de *Gewerbesteuer* ten aanzien van binnenlands belastingplichtige lichamen. Op andere rechtsgebieden, belastingsoorten of personen (personenvennootschappen of natuurlijke personen) zal alleen worden ingegaan als ik denk dat het van invloed kan zijn op de hoofdvraag welke Duitse rechtsregels aanbevelenswaardig zijn voor de Nederlandse winstbelasting van lichamen.

Deze afbakening betekent ook dat ik niet expliciet zal ingaan op de fiscale gevolgen van grensoverschrijdende activiteiten of transacties tussen Nederland en Duitsland en dat ik het (nieuwe) belastingverdrag tussen Nederland en Duitsland niet expliciet zal bespreken.⁴⁴

Een onderzoek naar de gehele winstbelasting van lichamen in Nederland en Duitsland zou te omvangrijk worden. Vandaar dat ik een keuze heb gemaakt om de mijns inziens belangrijkste leerstukken van de winstbelasting van lichamen te onderzoeken. De Nederlandse Wet op de vennootschapsbelasting is in eerste instantie leidend geweest, aangezien het onderzoek gericht is op het vinden van eventuele verbeteringen voor deze wet. Gezien de gezamenlijke geschiedenis die Duitsland en Nederland hebben ten aanzien van de winstbelasting van lichamen en de internationale

⁴⁴ Voor Nederlandstalige literatuur over het nieuwe belastingverdrag tussen Nederland en Duitsland verwijs ik naar onder andere: F.J. Elswier/V.G.M.P. Bouten, Belastingverdrag Nederland - Duitsland, een handreiking voor de praktijk: De parlementaire behandeling geordend, auteursplatform SDU, 2015. Verkrijgbaar via www.verdragduitsland2012.nl; F.J. Elswier, Dividend uit Duitsland, WFR 2016/10 en de MBB special 07-08/2012 die geheel gewijd is aan het nieuwe verdrag met Duitsland.

ontwikkelingen is het niet verwonderlijk dat deze rechtsregels ook – op vergelijkbare wijze – in Duitsland terug te vinden zijn.

Een integrale behandeling van de rechtsregels uit de Nederlandse Wet op de vennootschapsbelasting zou mijns inziens echter nog steeds te omvangrijk worden. Daarnaast zou een integrale behandeling van alleen de wet niet geheel zuiver zijn, aangezien bepaalde ontwikkelingen van leerstukken niet altijd in de wet worden vastgelegd, maar door de rechter zijn ontwikkeld. Vandaar dat ik ten aanzien van de leerstukken wederom een soort afpelmethode heb gehanteerd en deze leerstukken heb onderverdeeld in deelgebieden.

Uit een analyse van wetgeving, parlementaire stukken, jurisprudentie en literatuur heb ik in ieder hoofdstuk de meest conceptuele / fundamentele discussiepunten vastgesteld. Zoals in hoofdstuk 1.4 is aangegeven is deze keuze ingegeven omdat daarmee de kern (oorsprong) van een leerstuk nader wordt onderzocht. Een onderzoek naar discussiepunten op detailniveau is mijns inziens minder geschikt, aangezien het grotere geheel (waarin de rechtsregel is ingebed) dan mogelijk uit het oog wordt verloren. Bovendien is de kans groter dat rechtsregels op detailniveau in de toekomst zullen wijzigen. Een enkele keer is de afweging geweest vanuit Duits fiscaal perspectief een bepaald leerstuk als uitgangspunt te nemen (bijvoorbeeld in hoofdstuk 3 de *Gewerbsteuer* en in hoofdstuk 10 het *Umwandlungssteuergesetz*) in de gevallen dat Nederland desbetreffend leerstuk niet kent. Naast de hierboven genoemde afbakening, is mijn onderzoek in een aantal gevallen nader afgebakend gedurende het onderzoek. Deze gevallen worden in de tekst nadrukkelijk aangegeven en onderbouwd.

1.6 Werkwijze en methode van het onderzoek

1.6.1 Rechtsvergelijkende methode

In dit onderzoek maak ik van één rechtsvergelijkende methode gebruik. Ik vergelijk bepaalde rechtsregels uit de vennootschapsbelasting in Nederland met vergelijkbare rechtsregels in de winstbelasting van lichamen in een ander land, in casu Duitsland. De relevantie van een rechtsvergelijkend onderzoek met Duitsland heb ik beschreven in hoofdstuk 1.2. Een enkele keer worden – als daar in het desbetreffende hoofdstuk aanleiding voor is – vergelijkingen met andere leerstukken in het belastingrecht, vergelijkingen met andere rechtsgebieden en multi-en interdisciplinair onderzoek gemaakt. Onder andere Van Hoecke beschrijft uitgebreid de methodologie van rechtsvergelijkend onderzoek. Hij onderscheidt op basis van de literatuur over rechtsvergelijkingen zes verschillende methoden en diverse niveaus qua diepgang.⁴⁵ Uitgaande van deze methoden maak ik in mijn onderzoek gebruik van verschillende methoden zoals de *functional method* (het vaststellen van “betere” wetgeving en het onderzoeken hoe problemen in andere jurisdicties worden opgelost), de *law-in-context-method* (het verklaren waarom de wet in een ander land is zoals die is, ook rekening houdend met andere niet-fiscale factoren), de *historical method* (het historische uiteenzetten van de huidige wettelijke regels), en de *common-core method* (het onderzoeken van gemeenschappelijke elementen). Mijns inziens bevat mijn rechtsvergelijkend onderzoek naar de Duitse rechtsregels verschillende niveaus qua diepgang. Zoals ik in hoofdstuk 1.6.2 nader zal aangeven, behandel ik in beginsel de hoofdzaken (hoofdrechtsregels) van de desbetreffende rechtsregels en zal ik indien relevant en interessant vervolgens specifiekere ingaan op deze regels. Een van de gevaren van rechtsvergelijkend onderzoek is mijns inziens dat het importeren van regels en oplossingen uit het buitenland wellicht niet werkt, vanwege een verschil in context.⁴⁶ Ik heb getracht dit te ondervangen door onder andere in hoofdstuk 2 onderzoek te doen naar het fiscale krachtenveld, omdat de bestaande juridische regelingen – die in hoofdstuk 3 tot en met 10 aan bod komen, zijn ingebed in een ruimer geheel. Daarnaast ga ik bij ieder leerstuk in op de historische

⁴⁵ M. van Hoecke, *Methodology of Comparative Legal Research, Law and Method*, blz.8-28. De genoemde methoden zijn 1. Functional method 2. Structural method 3. Analytical method 4. Law in context method 5. Historical method 6. Common core method. De verschillende niveaus die hij noemt zijn: 1. Macro and micro level 2. Underlying general and professional legal cultures (or traditions) 3. Law in action vs law in the books 4. Surface level vs deep level 5. Doctrinal framework vs underlying legal culture. Het gaat mijn onderzoek te buiten om al deze methoden en niveaus integraal te bespreken.

⁴⁶ Vergelijk M. van Hoecke, *Methodology of Comparative Legal Research, Law and Method*, blz. 3.

ontwikkeling,⁴⁷ de ratio van de regels en de ervaringen met de regels in de praktijk. Ik denk daarmee ruim voldoende diepgang aan te brengen in de rechtsvergelijking met Duitsland. Daarnaast wordt zowel de Nederlandse rechtsregel als de vergelijkbare Duitse rechtsregel getoetst aan hetzelfde - in hoofdstuk 1.3.4.2 opgestelde -toetsingskader. Door het gebruikmaken van een toetsingskader zal het onderzoek en mijn mening zo veel mogelijk geobjectiveerd worden. De dan nog resulterende subjectieve keuzes worden zo transparant mogelijk weergegeven door een toelichting op de rangorde (zie hoofdstuk 1.3.2.4.4) en een weergave van de afwegingen in ieder hoofdstuk.

1.6.2 Historisch en positiefrechtelijk onderzoek

De te onderzoeken rechtsregels zal ik aan de hand van de volgende methode onderzoeken:

- Een historische uiteenzetting van de rechtsregel en uitleg waarom de rechtsregel is ingevoerd (ratio) of waardoor de regeling is ontstaan.
- De kenmerken (voorwaarden en gevolgen) van de huidige rechtsregel.
- Huidige relevante conceptuele / fundamentele discussiepunten en ervaringen met de desbetreffende rechtsregel.

Ik begin bij de kern van de huidige rechtsregel door eerst de historie en de door de wetgever gegeven ratio weer te geven. Welke gedachte en afweging heeft de wetgever of rechter gehad omtrent een bepaalde rechtsregel? Op welke beginselen is de regeling gestoeld? Mijns inziens is dit één van de belangrijkste onderdelen van het onderzoek, omdat de ratio van een rechtsregel het fundament van de regeling vormt. Om achter de ratio van de regeling te komen, zal ik rechtshistorisch onderzoek doen naar de desbetreffende rechtsregel.⁴⁸ Vervolgens zal ik - indien van belang - de rechtsontwikkeling van een regeling onderzoeken⁴⁹ en tot slot aangeven in welke huidige vorm de rechtsregel (op hoofdlijnen) is opgenomen in de desbetreffende belastingwetgeving of nader is ingevuld door de belastingrechter. Bij het weergeven van de huidige rechtsregel zal ik een soort afpelmethode hanteren. In het onderzoek zullen de hoofdlijnen van de desbetreffende rechtsregel centraal staan. Vervolgens zullen indien relevant de uitzondering(en) op de hoofdregel worden onderzocht en vervolgens indien relevant de uitzondering(en) op de uitzondering(en) etc. Ik hanteer deze afpelmethode, omdat het mijns inziens beter is een conceptuele benadering te kiezen en het minder zinvol is om de verschillende regelingen op detailniveau (positiefrechtelijk) te onderzoeken. Daarnaast is de kans groter dat de wetgeving op detailniveau zal wijzigen in de toekomst. Aan de hand van de beschikbare wetgeving, parlementaire stukken, jurisprudentie en literatuur zal ik vervolgens (de ontwikkeling van) discussiepunten over de rechtsregels in de winstbelasting van lichamen in Nederland en Duitsland analyseren en evalueren. Op deze manier denk ik goed te kunnen toetsen aan het in hoofdstuk 1.3.2.4 weergegeven toetsingskader.

1.6.3 Parlementair-, jurisprudentie- en literatuuronderzoek

Aan de hand van de beschikbare wetgeving, parlementaire stukken, jurisprudentie en literatuur zal ik de ratio, de huidige kenmerken van de rechtsregel en ervaringen met de rechtsregel onderzoeken en beoordelen. De onderzoeksmethode die het sterkst naar voren komt, is dus parlementair-, jurisprudentie-, en literatuuronderzoek. Onder andere vanwege het hanteren van de in hoofdstuk 1.6.2 beschreven afpelmethode pretendeer ik niet dat alle parlementaire stukken, jurisprudentie en/of literatuur ten aanzien van een bepaalde rechtsregel aan bod komen in mijn onderzoek. Het in kaart brengen van alle parlementaire stukken, jurisprudentie en literatuur is geen doel op zich, maar dient ter ondersteuning van de afweging wat relevante discussiepunten zijn en een goed onderbouwde toetsing van de desbetreffende rechtsregel. Het is niet mogelijk om in detail aan te geven op welke manier de parlementaire stukken, jurisprudentie en literatuur zijn gevonden.

⁴⁷ Zie in dit verband ook Verburg die in de context van het bespreken van de Duitse fiscale eenheid (*Organschaft*) aangeeft dat de regeling het product is van een concrete historische ontwikkeling, die zich niet zonder meer leent voor export (naar Nederland). J. Verburg, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, Belastingconsulentendag'77, nr. 22, FED, 1977, blz. 9.

⁴⁸ Voor het belang hiervan zie ook M. van Hoecke, Methodology of Comparative Legal Research, Law and Method, blz.6.

⁴⁹ Het belang van rechtshistorisch onderzoek is onder andere mooi verwoord in W.R. Kooiman, Naar een historisch-dynamische methode van belastingwetenschap, WFR 2014/1615.

Hiervoor heb ik een combinatie van verschillende manieren gebruikt. Om relevante parlementaire stukken, jurisprudentie en literatuur te kunnen vinden, heb ik bijvoorbeeld trefwoorden – uit de hoofdvraag en deelvragen – in fiscale databases ingevoerd. Vervolgens heb ik door benutting van de zogenoemde sneeuwbalmethode andere relevante stukken kunnen vinden.

1.6.3.1 Het zoeken, vinden, beoordelen en weergeven van Duitse wetgeving, parlementaire stukken, jurisprudentie en literatuur

Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtsregels in de Duitse winstbelasting van lichamen brengt uiteraard een zoektocht met zich mee naar Duitse wetgeving, parlementaire stukken, jurisprudentie en literatuur. Hieronder volgt een korte uiteenzetting hoe ik dat heb aangepakt en een mijns inziens mede voor de praktijk nuttige handreiking over het zoeken en weergeven van vele bronnen en uitleg over de gebruikte afkortingen in de Duitse literatuur.

Wetteksten

Het uitgangspunt voor mijn rechtsvergelijking is in eerste instantie een vergelijking van de huidige wettelijke rechtsregels. In Duitsland staan de wettelijke rechtsregels in het *Körperschaftsteuergesetz* (KStG), *Gewerbsteuergesetz* (GewStG) en *Einkommensteuergesetz* (EStG). Wat in Nederland bekend staat als “artikel”, “lid”, “volzin” en “onderdeel” wordt in Duitsland weergegeven als “*Paragraph*” (afgekort met het teken §)⁵⁰, “*Absatz*” (afgekort met “*Abs.*”), “*Satz*” (afgekort met “*S.*”) en “*Nummer*” (afgekort met “*Nr.*”). Het equivalent van bijvoorbeeld art. 1 lid 2, 3^e volzin, onderdeel 4 Wet IB 2001 zou in Duitsland §1, Abs. 2, S.3, Nr. 4 EStG zijn. De wetteksten zijn uiteraard verkrijgbaar in hardcopy versie in een boekwinkel, maar ik heb veel gebruik gemaakt van de website www.dejure.org. Op deze website zijn de huidige wetteksten verkrijgbaar.

Parlementaire stukken

Net als in Nederland krijgen wetsvoorstellen in Duitsland een bepaalde naam mee (veelal het hoofdonderwerp dat in de desbetreffende wet wordt geregeld). Om een voorbeeld te geven: in 2001 is het “*Gesetz zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung*” in werking getreden. In Duitsland wordt er dan vervolgens veelal gebruik gemaakt van afkortingen. In dit geval is de desbetreffende wet afgekort als (*StSenkG*). Als het wetsvoorstel door de *Bundestag* (vergelijkbaar met Tweede Kamer) en *Bundesrat* (vergelijkbaar met Eerste Kamer) is aangenomen, wordt de wet door het Duitse Ministerie van Financiën (*Bundesfinanzministerium*) gepubliceerd in *Bundessteuerblatt Teil I*. Dit wordt afgekort met *BStBl I*. De parlementaire behandeling van een wetsvoorstel is terug te vinden in *Bundestag* en *Bundesrat Drucksache*. Dit wordt afgekort met *BT-Drs*, respectievelijk *BR-Drs*. Deze stukken zijn dus vergelijkbaar met de memorie van toelichting en nota's naar aanleiding van het (nader) verslag in Nederland. Uiteindelijk worden de wetten door het Ministerie van Justitie (*Ministerium der Justiz*) gepubliceerd in het *Bundesgesetzblatt Teil I* (vergelijkbaar met publicatie in het Staatsblad zoals in Nederland plaatsvindt). Dit wordt afgekort met *BGBI I*. Op de website www.bundesanzeiger-verlag.de en www.bundessteuerblatt.de en www.BGBI.de zijn de wetten en parlementaire stukken terug te vinden. Ook hier biedt www.dejure.org weer een alternatief voor een (kostenloze) zoektocht naar wetten en parlementaire toelichting.

Overheidsbeleid

De Duitse overheid (*Bundesfinanzministerium*) publiceert regelmatig besluiten (*BMF-Schreiben* in de vorm van *Erlasse* of *Anordnungen*), waarin de wettelijke regels nader worden toegelicht en/of uitgelegd. Zo is er bijvoorbeeld een besluit waarin de fiscale begeleiding van reorganisaties (onder ander fusies en splitsingen) wordt geregeld. Het besluit wordt weergegeven als *Umwandlungssteuer-Erlass* (afgekort als *UmwSt-Erlass*), BMF-Schreiben, 11 november 2011, BStBl. I 2011, 1314. De besluiten staan overigens veelal bekend om voor de belastingplichtige restrictieve uitleg van de wettelijke regels en worden in de literatuur dan ook vaak bekritiseerd.

⁵⁰ Dit is de reden waarom ik in mijn onderzoek bij verwijzingen naar andere delen gebruik maak van de bewoording “zie hoofdstuk...”, in plaats van “zie paragraaf”, zodat er geen mogelijke verwarring optreedt over wat er bedoeld wordt.

Als besluiten gepubliceerd worden, zijn ze in beginsel drie maanden lang te raadplegen op de website www.bundesfinanzministerium.de. Daarnaast zijn de besluiten veelal ook te vinden via de website zoekmachines of (niet kostenloze) fiscale databases, zoals www.beck-online.de, www.datenbank.nwb.de, of www.haufe.de.

Jurisprudentie

Het Duitse Ministerie van Financiën publiceert de jurisprudentie van de Duitse Hoge Raad (het *Bundesfinanzhof*) in het *Bundessteuerblatt Teil II*. Deze publicatie heeft als functie dat het Ministerie daarmee de opdracht geeft aan de Belastingdiensten (*Finanzverwaltung*) om de uitspraken in vergelijkbare gevallen toe te passen (in beginsel bindt een uitspraak van een rechter alleen de bij de zaak betrokken partijen). Typisch Duits zijn de door het *Bundesfinanzministerium* gepubliceerde zogenoemde "*Nichtanwendungserlasse*". Dit zijn publicaties waarin het ministerie de *Finanzverwaltung* de opdracht geeft de desbetreffende uitspraak niet op andere gevallen toe te passen (zelfs niet als deze vergelijkbaar zijn). Het gebruik van deze *Nichtanwendungserlasse* is omstreden en wordt vaak sterk bekritiseerd, omdat het de autoriteit van de rechterlijke macht ondermijnt. Op de reeds genoemde website www.bundessteuerblatt.de kunnen de stukken worden geraadpleegd, alsmede op de website van het *Bundesfinanzhof* zelf. De jurisprudentie van lagere rechters (*Finanzgerichte*) wordt gepubliceerd in "*Entscheidungen der Finanzgerichte* (EFG)" van uitgeverij Stollfuss. In bijvoorbeeld *Deutsche Steuerrecht-Entscheidungen* (DSTR-E) is de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie, *Bundesverfassungsgericht* (rechtelijke instantie die aan de grondwet toetst), *Bundesfinanzhof* en *Finanzgerichte* te vinden. Vrijwel alle rechterlijke beslissingen worden becommentarieerd in de literatuur. Ik heb hierbij met name gebruik gemaakt van de uitgave *Deutsches Steuerrecht* (DStR).

Literatuur

De hoeveelheid Duitse fiscale literatuur is enorm. In Duitsland zijn er veel meer uitgevers die zich bezighouden met fiscale publicaties van naslagwerken, boeken, en artikelen dan in Nederland het geval is. Ik heb met name gebruik gemaakt van de reeds genoemde databanken van de uitgevers *Beck*, *NWB*, *Haufe*, *IDW*, *Otto Schmidt* en *DeV*. Daarnaast heb ik regelmatig een Duitse fiscale universiteitsbibliotheek bezocht (Köln, Osnabrück, Heidelberg) waar een schat aan informatie is te vinden.⁵¹ Wat betreft naslagwerken (commentaren) heb ik veel gebruik gemaakt van Tipke / Lang, *Steuerrecht*, 22^e druk, 2015, het commentaar van Blümich (*ESTG*, *KStG*, *GewStG*, *Nebengesetze*, 134^e Auflage, 2016), Gosch (*Körperschaftsteuergesetz*, 3^e Auflage, 2015) en van Hermann/Heuer/Raupach (*Einkommensteuer und Körperschaftsteuergesetz* (band IX)). Ook heb ik het commentaar van Dötsch/Pung/Möhlenbrock regelmatig geraadpleegd, omdat het commentaar in de praktijk bekend staat als de bron waar de Belastingdienst (*Finanzverwaltung*) zich veelal op beroept.

Bij al deze naslagwerken wordt vaak al aan het begin van een hoofdstuk of paragraaf uitgebreid een literatuurlijst weergegeven over het desbetreffende onderwerp, zodat vervolgens een goede indruk wordt verkregen van de beschikbare literatuur.

Een ander kenmerk van de Duitse naslagwerken (commentaar) is dat veel gebruik wordt gemaakt van nummering in de kantlijn, *Randziffer* (Rz.), *Randnummer* (Rn), of *Anmerkung* (Anm.) genoemd. De tekst op een pagina wordt onderverdeeld en iedere passage krijgt een eigen nummering, zodat de inhoud nog beter terug gevonden kan worden. Voor literatuurartikelen over bepaalde leerstukken heb ik veelal gebruik gemaakt van het invullen van trefwoorden in de hierboven genoemde fiscale

⁵¹ Ik sluit me dan ook helemaal aan bij de woorden van Essers die ik persoonlijk kan bevestigen: "Boeken worden tegenwoordig nauwelijks meer gelezen. Als men iets moet weten, wordt al gauw Google of een andere databank gebruikt om met een paar gerichte zoektermen de juiste oplossing te vinden. Bibliotheken worden vaak als ouderwets beschouwd. Dat is een verarming van onze samenleving. Iemand die nooit een boek leest, onttrekt zich zelf een schat aan ervaringen en emoties, waaronder humor, wijsheid en troost, die van groot belang kunnen zijn in het leven. Het zomaar struinen in een bibliotheek of bladeren in boeken is ook van groot belang voor het tot zijn recht laten komen van een fenomeen dat in de heuristische wetenschap (de leer van het vinden) wordt aangeduid als "serendipiteit", oftewel het vinden van iets onverwachts en bruikbaar terwijl je op zoek bent naar iets totaal anders. Iets wat nieuw is, komt immers vaak bij verrassing op iemands pad." P.H.J. Essers, Koester serendipiteit en voorkom een filter bubble!, WFR 2016/92.

databases. De meest toonaangevende fiscale tijdschriften in Duitsland zijn (in willekeurige volgorde en niet uitputtend bedoeld) wat betreft de meer wetenschappelijke artikelen *Steuer und Wirtschafts (StuW)* en *Unternehmensbesteuerung (Ubg)*. Meer op de praktijk gericht zijn de tijdschriften *Deutsches Steuerrecht (DStR)*; *Internationales Steuerrecht (IStR)*, *Betriebsberater (BB)*; *GmbH Rundschau (GmbHR)*, *Finanzrundschau (FR)* en *Neue Wirtschafts Briefe (NWB)*.

1.6.4 Taalkeuze

Ik heb er voor gekozen om mijn onderzoeksresultaten in de Nederlandse taal weer te geven. Ik ben mij er van bewust dat dit wellicht afwijkt van de internationale ontwikkeling van de wetenschap en het onderwijs waarbij het van belang is dat onderzoek voor een zo groot mogelijk publiek toegankelijk is en mondiale erkenning steeds belangrijker is. Aan de keuze voor de Nederlandse taal ligt uiteraard een pragmatische overweging ten grondslag, omdat ik mij simpelweg het beste kan uiten in de Nederlandse moedertaal. Het is echter ook een weloverwogen beslissing geweest, omdat ik vind dat er relatief weinig *Nederlandstalige* wetenschappelijke literatuur is over Duits belastingrecht en specifiek de Duitse winstbelasting van lichamen.⁵² Mijns inziens heeft een Nederlandstalig onderzoek vanuit dat perspectief dus juist een meerwaarde. Daarnaast rechtvaardigt de gekozen invalshoek / probleemstelling een weergave in de Nederlandse taal.

⁵² Er zijn uiteraard wel diverse Nederlandstalige artikelen over Duits belastingrecht verschenen (waarnaar in de desbetreffende hoofdstukken verwezen zal worden), maar mijns inziens is er nog geen wetenschappelijk overzicht van de belangrijkste leerstukken uit de Duitse winstbelasting van lichamen.

1.7 Schematische weergave van het onderzoek

Probleemstelling

Welke rechtsregels uit de Duitse winstbelasting van lichamen zijn aanbevelenswaardig voor de Nederlandse vennootschapsbelasting?



H1: Waarom, wat en hoe?

Uiteenzetting van de aanleiding, relevantie, onderzoeksvraag, toetsingskader, opbouw, afbakening, werkwijze en methode van het onderzoek.



H2: Het fiscale krachtenveld

Toetsing of een rechtsregel uit de Duitse winstbelasting van lichamen überhaupt valt in te passen in de Nederlandse VPB aan de hand van een uiteenzetting van de mogelijke factoren die van invloed kunnen zijn op de winstbelasting in Nederland en Duitsland.



H3-10: Rechtsvergelijking van de diverse leerstukken uit de Nederlandse vennootschapsbelasting met de Duitse winstbelasting van lichamen

- Uiteenzetting van de Nederlandse rechtsregels
 - o Historie en ratio
 - o Huidige kenmerken
 - o Huidige relevante (conceptuele / fundamentele) discussiepunten en aangedragen oplossingsrichtingen
 - Toetsing aan mijn toetsingskader, zijnde
 - i. fiscaal-beleidsanalytische toets,
 - ii. fiscaal-juridische toets,
 - iii. fiscaal-wetstechnische toets,
 - iv. internationale/Europese fiscale ontwikkelingsonttoets
 - Eigen zienswijze ten aanzien van getoetste discussiepunten en oplossingsrichtingen
- Uiteenzetting van de Duitse rechtsregels
 - o Historie en ratio
 - o Huidige kenmerken en ervaringen met de rechtsregels
- Conclusies/beschouwing
 - o Uiteenzetting van de verschillen en overeenkomsten
 - o Toetsing of Duitse rechtsregels aanbevelenswaardig zijn:
 - Toetsing aan mijn toetsingskader, zijnde
 - i. fiscaal-beleidsanalytische toets,
 - ii. fiscaal-juridische toets,
 - iii. fiscaal-wetstechnische toets,
 - iv. internationale/Europese fiscale ontwikkelingsonttoets
 - o Afweging aan de hand van het toetsingskader



H11: Conclusies / beschouwing

Antwoord op de probleemstelling welke rechtsregels uit de Duitse winstbelasting van lichamen aanbevelenswaardig zijn voor de Nederlandse winstbelasting van lichamen?

2 Het fiscale krachtenveld (mogelijke factoren die van invloed kunnen zijn op de winstbelasting van lichamen) in Nederland en Duitsland

2.1 Inleiding

Alvorens een antwoord kan worden gegeven op de vraag welke rechtsregels in de Duitse winstbelasting van lichamen aanbevelenswaardig zijn voor de vennootschapsbelasting in Nederland baken ik eerst het "(fiscale) krachtenveld" af. In welk (fiscaal) perspectief kan de Nederlandse vennootschapsbelasting worden geplaatst en in welk (fiscaal) perspectief de Duitse winstbelasting van lichamen. Met andere woorden, wat waren of zijn de belangrijkste factoren die van invloed kunnen zijn op de huidige winstbelasting van lichamen in Nederland en Duitsland. Het doel van het vaststellen van het fiscale krachtenveld is om recht te doen aan het feit dat bestaande juridische regelingen zijn ingebed in een ruimer geheel en niet zonder meer (door alleen naar de afzonderlijke regeling te kijken) kunnen worden geïmplementeerd in een andere jurisdictie. Het in kaart brengen van door mij relevant geachte factoren die van invloed kunnen zijn op de rechtsregels in de winstbelasting van lichamen in Nederland en Duitsland heeft als uiteindelijke doel om mede te kunnen beoordelen of een Duitse rechtsregel als aanbevelenswaardig kan worden aangemerkt. Ik toets met andere woorden of een Duitse rechtsregel überhaupt kan worden ingepast in de Nederlandse vennootschapsbelasting. Dit komt overeen met de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader (als concretisering van de "onderlinge afstemming toets" uit de nota Zicht op Wetgeving en de "inpassing in het bestaande recht" toets als onderdeel van de juridische toets die de Raad van State hanteert). Daarnaast kan aan de hand van dit hoofdstuk mogelijk een verklaring worden gegeven waarom de bestaande rechtsregels in de winstbelasting van lichamen in Nederland en Duitsland zijn zoals ze zijn.

In dit hoofdstuk ga ik in op enkele demografische, staatsrechtelijke en bestuurlijke gegevens over beide landen (hoofdstuk 2.2), economische factoren (hoofdstuk 2.3), maatschappelijke ontwikkelingen (hoofdstuk 2.4), culturele invloeden (hoofdstuk 2.5), politieke invloeden (hoofdstuk 2.6), Europese fiscale ontwikkelingen (hoofdstuk 2.7), internationale fiscale ontwikkelingen (hoofdstuk 2.8), het ontstaan en toetsing van fiscale wetgeving (hoofdstuk 2.9), de uitvoering van fiscale wetgeving (hoofdstuk 2.10) en (mogelijke) invloeden van andere rechtsgebieden (hoofdstuk 2.11). De genoemde factoren, invloeden en ontwikkelingen kunnen niet als uitputtend worden gezien. Voor zover ook nog andere factoren of ontwikkelingen (zoals andere rechtsgebieden of belastingsoorten) van invloed kunnen zijn op een bepaalde rechtsregel zal ik deze in het desbetreffende hoofdstuk bespreken.

2.2 Demografische, staatsrechtelijke en bestuurlijke gegevens

Het is mijns inziens zinvol om enkele demografische, staatsrechtelijke en bestuurlijke feiten over beide landen te memoreren om het fiscale systeem in Nederland en Duitsland in een zo breed mogelijk perspectief te kunnen plaatsen. Het aantal inwoners in Nederland - gemeten in 2015 - bedroeg bijna 17 miljoen. Nederland heeft een oppervlakte van 41.543 km². Duitsland is qua inwoneraantal bijna vijf keer en qua oppervlakte bijna negen keer zo groot. Het aantal inwoners in Duitsland - gemeten in 2015 - bedroeg namelijk bijna 81 miljoen. Duitsland heeft een oppervlakte van 357.022 km².

Staatsrechtelijk is Nederland sinds 1848 een parlementaire democratie onder een constitutionele monarchie en bestuurlijk is Nederland een gedecentraliseerde eenheidsstaat, bestaande uit de centrale overheid, twaalf provincies en bijna 400 gemeenten. Duitsland is sinds 1949 staatsrechtelijk een federale republiek die bestuurlijk vanaf 3 oktober 1990 bestaat uit een centrale overheid en zestien deelstaten. Door de federale structuur hebben de regeringen van de zestien deelstaten bevoegdheden op beleidsterreinen zoals onderwijs, vreemdelingenbeleid en de belastinginning. De deelstaten hebben op grond van de Duitse grondwet onder andere recht op de volledige opbrengst van de erf- en schenkbelasting, op een deel van de inkomstenbelasting en

vennootschapsbelasting en ook op een deel van de btw.⁵³ Duitsland kent daarnaast nog gemeenten en "Kreise" die - in tegenstelling tot Nederlandse provincies of gemeenten - een zeer belangrijke invloed uit kunnen oefenen en een hoge mate van autonomie bezitten ter zake van lokale aangelegenheden.⁵⁴ Dit laatste zal bijvoorbeeld nog blijken bij de in hoofdstuk 3.3.1.2 te bespreken *Gewerbsteuer*.

2.3 Economische factoren

Voor de Nederlandse economie zijn met name de hoog ontwikkelde land - en tuinbouwsector, de dienstensector en de internationale handel van belang. Nederland kent een open economie, die sterk leunt op de buitenlandse handel (met name met Duitsland). Draijer vat het mijns inziens treffend samen: "Nederland is één van de meest concurrerende economieën van de wereld. Een positie die we danken aan een veelheid aan structurele hervormingen die de afgelopen twintig jaar zijn doorgevoerd, zowel op de markten voor goederen, diensten als arbeid. De arbeidsparticipatie is in Nederland daardoor hoog en de werkloosheid relatief laag. Er is sprake van een hoog opgeleide beroepsbevolking, goede arbeidsverhoudingen, sociale cohesie en een goede fysieke infrastructuur."⁵⁵

Ook Duitsland staat bekend om een relatief hoog aandeel gekwalificeerde en gemotiveerde werknemers en een (relatief) goede infrastructuur. Duitsland behoort tot de grootste handelsnaties ter wereld.⁵⁶ De belangrijkste economische sectoren in Duitsland zijn de automobiellindustrie, de machinebouw en de chemische industrie. Hoewel Duitsland tot de koplopers op het gebied van de export behoort, is de binnenlandse afzetmarkt net zo belangrijk voor de economie. Nederland kent ten opzichte van Duitsland een relatief kleine binnenmarkt. Duitsland kent net als Nederland het principe van de sociale markteconomie. In beide landen geldt dat de overheid zich in beginsel terughoudend opstelt en zich louter bezighoudt met het scheppen van de voorwaarden voor het optimaal laten verlopen van het marktmechanisme. In beide landen hebben in de afgelopen decennia talloze omvangrijke privatiseringen plaatsgevonden (denk aan telecomunicatie, post, nutsbedrijven). Net als in Nederland spelen de werkgevers - en werknemersorganisaties een belangrijke rol in de sociale markteconomie en kennen beide landen relatief weinig stakingen. Het gaat mijn onderzoek te buiten om systematisch de invloed van economische factoren op de winstbelasting van lichamen in beide landen te onderzoeken. Ik volsta met het noemen van bovenstaande factoren en ga hieronder expliciet in op een drietal door mij geconstateerde verschillen.

2.3.1 Vestigingsklimaat

Zowel Nederland als Duitsland blijkt voor buitenlandse investeerders een aantrekkelijk vestigingsklimaat te hebben.⁵⁷ De fiscaliteit heeft voor een deel invloed op (de aantrekkelijkheid van) het vestigingsklimaat.⁵⁸ Het lijkt raadzaam om vanuit economisch perspectief de fiscale wetgeving

⁵³ In gelijke zin A.C. Breuer/A.J.A. Stevens, Fiscale ontwikkelingen in Duitsland, WFR 2016/3, paragraaf 2.

⁵⁴ Informatie ontleend aan Wikipedia en Zakendoen in Duitsland, Kluwer, 2013-2014, Hoofdstuk 1.

⁵⁵ W. Draijer, Tijd voor reflectie, WFR 2013/571, paragraaf 2.

⁵⁶ Voor een overzicht van het economische profiel van Duitsland verwijs ik naar de Duitse-Nederlandse Handelskamer, http://www.dnhk.org/fileadmin/ahk_niederlande/Bilder/Publicaties/ECONOMISCH-PROFIEL_2015_actueel.pdf

⁵⁷ Zie onder andere de jaarlijkse EY's attractiveness survey's, Barometer Nederlands vestigingsklimaat 2016 "van investeren naar blijvend vertrouwen" en *Standort Deutschland 2016 "Kurs halten, Europa stärken*.

⁵⁸ Ik ben het met Doornebal eens dat er kritische kanttekeningen geplaatst kunnen worden bij de opvatting dat het vestigingsklimaat in overwegende mate zou worden bepaald door de fiscale wetgeving en fiscale faciliteiten van een land. Doornebal wijst er onder andere op dat het vestigingsklimaat wordt bepaald door een veelheid van feiten en omstandigheden, per categorie ondernemingen verschilt, lastenverzwaringen voor bedrijven niet altijd leiden tot verslechtering van het vestigingsklimaat en een verslechtering niet per definitie leidt tot vertrek van ondernemingen. J. Doornebal, Vestigingsklimaat en fiscale wetgeving: enkele kritische kanttekeningen, in de Van der Geldbundel, 2016, blz. 59-64.

van een land te laten aansluiten bij de aard van de nationale economie.⁵⁹ Vanuit dit perspectief is het dan ook niet onlogisch dat Nederland en Duitsland een andere benadering kennen ten aanzien van het *fiscale* vestigingsklimaat. Wat betreft de afzetmarkt is er een duidelijk verschil tussen Nederland en Duitsland te constateren. Daarbij speelt uiteraard de grootte van de landen een rol. Daar waar Duitsland een traditioneel industrieland is, schaalvoordelen kent⁶⁰ en een grote binnenlandse (afzet)markt heeft, heeft Nederland een dergelijke binnenlandse (afzet)markt niet en kenmerkt Nederland zich meer als grensoverschrijdend dienstverleningsland en de aanwezigheid van een zogenoemde "VOC-mentaliteit".⁶¹ Een gevolg daarvan is dat Nederland zich traditioneel gezien heeft ingespannen om een aantrekkelijk (fiscaal) vestigingsklimaat te creëren en te behouden.⁶² De gedachte daarbij is onder meer ondernemers die in het buitenland handel drijven fiscaal te behandelen als ware zij een ondernemer in het desbetreffende buitenland. Dit uit zich bijvoorbeeld in die zin dat Nederland zich als hoofdregel onthoudt van additionele belastingheffing bij repatriëring van buitenlands inkomen naar Nederland.

De Nederlandse focus op het vestigingsklimaat blijkt onder meer uit de in 1992 door de Staatssecretaris van Financiën uitgebrachte "Orientatienota fiscaal vestigingsklimaat".⁶³ Hierin wordt onder andere opgemerkt "dat Nederland aantrekkelijk moet blijven voor reële investeringen waaruit duurzame arbeidsplaatsen voortvloeien". Meer recentelijk gaf staatssecretaris Wiebes het volgende aan : *"Het Nederlandse fiscale systeem heeft sinds jaar en dag een internationale focus. Voor ondernemers uit een klein land met een open economie als Nederland is de buitenlandse markt van levensbelang."*⁶⁴ Als belangrijkste pijlers van het aantrekkelijke Nederlandse fiscale vestigingsklimaat worden vrijwel altijd genoemd:

- De uitgebreide deelnemingsvrijstelling;
- Geen bronbelasting op interest en royalty's;
- Een kwalitatief goed en uitgebreid verdragennetwerk;
- Het rulingbeleid en daarmee samenhangend, een efficiënte, consistente, benaderbare, transparante en oplossingsgerichte Belastingdienst.⁶⁵

In de toekomst komt er wellicht wat verandering in deze pijlers voor een aantrekkelijk fiscaal vestigingsklimaat. Op 10 oktober 2017 heeft de nieuwe regering het regeerakkoord voor de komende vier jaren bekend gemaakt, met daarin ook de nodige fiscale plannen. Om het vestigingsklimaat ook in de toekomst fiscaal aantrekkelijk te houden wordt het tarief van de vennootschapsbelasting verder verlaagd. Het tarief over de eerste € 200.000 fiscale winst wordt stapsgewijs verlaagd van 20% naar uiteindelijk 16% (in 2021) en het tarief over de fiscale winst daarboven wordt stapsgewijs verlaagd van 25% naar 21% (in 2021). Daarnaast heeft de nieuwe regering aangekondigd dat de dividendbelasting komt te vervallen, mits er geen sprake is van misbruik, of een uitkering aan laagbelastende landen ("low tax jurisdicties"). Om belastingontwijking tegen te gaan is de nieuwe regering onder andere voornemens een bronheffing in te voeren op

⁵⁹ Vergelijk ook De Vries die stelt dat het wellicht zelfs noodzakelijk is dat de fiscale wetgeving aansluit bij de aard van de nationale economie. R.J. de Vries, CCTB/CCCTB, tariefperikelen en Nederlandse economische belangen, blog op EY.com.

⁶⁰ Hiermee bedoel ik dat het binnen Duitsland al mogelijk is een groot concern op te bouwen met verschillende vestigingen zonder dat dit concern last heeft van verschillende systeem- en marktregels.

⁶¹ De term werd in 2006 werd geïntroduceerd door de toenmalige Nederlandse minister-president Jan Peter Balkenende. Balkenende verwees hiermee naar de Vereenigde Oostindische Compagnie (VOC). Dit handelsbedrijf, de eerste multinational ter wereld, werd door Balkenende gezien als een bedrijf met handelsgeest, daadkracht en durf (bron: wikipedia.nl)

⁶² Voor een kritisch en uiterst lezenswaardige column over het onterecht beroepen op "het fiscale vestigingsklimaat" zie C. Maas, Goed voor het vestigingsklimaat? Wie stelt, bewijst! *Opinie taxlive*, 17 februari 2017.

⁶³ Kamerstukken II 1992-1993, 22860, nr. 2, blz. 24.

⁶⁴ Brief Staatssecretaris van Financiën, 5 oktober 2015, Appreciatie uitkomst BEPS-project en vooruitblik Nederlands fiscaal vestigingsklimaat, kenmerk IZV/2015/657 M, V-N 2015/56.4.

⁶⁵ Voor een kritische beschouwing ten aanzien van dit punt zie W.E. Nent, Vooroverleg; uitstervende hoeksteen van fiscaal uitvoeringsbeleid, NTFR 2017/2503. De auteur gaat mijns inziens terecht in op de problemen bij de Belastingdienst en de mogelijke gevolgen daarvan voor het "vooroverleg".

interest en royalty's op uitgaande financiële stromen naar laagbelastende landen.⁶⁶ In de brief van 23 februari 2018⁶⁷ geeft de staatssecretaris aan dat de bronbelasting ingehouden gaat worden als een in Nederland gevestigde entiteit binnen concernverband dividenden, rente of royalty's betaalt aan een entiteit die is gevestigd in een land met een laag statutair tarief, óf een land dat is opgenomen op de (zwarte) EU-lijst van niet coöperatieve landen. Wat verstaan moet worden onder "binnen concernverband" is niet geconcretiseerd. Ook is op het moment van schrijven nog niet nader toegelicht wat verstaan moet worden onder een land met een laag statutair tarief. De planning is dat de afschaffing van dividendbelasting en bronheffing op dividenden in bovengenoemde gevallen vanaf 1 januari 2020 van toepassing is en de bronheffing op rente en royalty's vanaf 1 januari 2021.

Duitsland kent veel minder de drang om zich in te zetten voor een aantrekkelijk fiscaal vestigingsklimaat. EY geeft dit mijns inziens treffend weer door op te merken dat in tegenstelling tot de Engelsen, die in 2011 bij monde van George Osborn (Engelse Minister van Financiën) opmerkten dat het Verenigd Koninkrijk "*open is for business*", uit de fiscale politieke beslissingen en discussies in Duitsland men haast zou kunnen denken dat "*Germany is closing for business*".⁶⁸ Ook Endres & Stellbrink⁶⁹ en Spengel & Bräutigum⁷⁰ zijn van mening dat er hervormingen in Duitsland nodig zijn om Duitsland fiscaal concurrerender te maken. Breuer & Stevens geven aan dat Duitsland qua internationaal vestigingsklimaat met name georiënteerd is op het niet-verliezen van belastingsubstraat in plaats van het aantrekken van buitenlandse investeerders via fiscale faciliteiten.⁷¹ Wel merk ik op dat Duitsland zich wellicht niet (of in mindere mate) via de fiscaliteit laat gelden wat betreft het fiscale vestigingsklimaat, maar dat bijvoorbeeld S&O werkzaamheden gestimuleerd worden via rechtstreekse subsidies.⁷² Ook uit het op 7 februari 2018 gepubliceerde regeerakkoord blijkt dat de nieuwe regering niet van plan is hervormingen voor (grote) ondernemingen door te voeren om het fiscale vestigingsklimaat aantrekkelijker te maken. De winstbelasting van lichamen speelt slechts een bijrol in het regeerakkoord. Duitsland heeft aangegeven samen met Frankrijk te willen werken aan een Duits-Franse gemeenschappelijke (vennootschaps)belastinggrondslag als reactie op de belastinghervorming (en fiscale concurrentie) in de Verenigde Staten. In het regeerakkoord wordt echter niet geconcretiseerd welke specifieke maatregelen zijn bedoeld als mogelijke reactie op de hervorming in de Verenigde Staten.⁷³ Met name in de wetenschap en praktijk leidt "het niets doen" van de wetgever tot kritiek.⁷⁴

Het bovenstaande betekent mijns inziens in ieder geval voor mijn onderzoek dat ik er rekening mee moet houden dat er in Nederland, ten opzichte van Duitsland, een sterkere wens aanwezig is om zich in te zetten voor een aantrekkelijk fiscaal vestigingsklimaat.⁷⁵ Het verschil tussen Nederland en Duitsland wat betreft de wens om een aantrekkelijk fiscaal vestigingsklimaat te creëren of te

⁶⁶ Zie ook F.P.G. Pötgens, Het regeerakkoord en het vestigingsklimaat, WFR 2017/227 en J. Vleggeert/H. Vording, Naar een bronbelasting op rente en royalty's: een stap verder dan het regeerakkoord, WFR 2018/3.

⁶⁷ Brief van de staatssecretaris van Financiën, 23 februari 2018, Aanpak belastingontwijking en ontduiking, kenmerk 2018-0000026987, V-N 2018/14.2.

⁶⁸ EY Tax & Law Magazine, 03/2013, blz. 12.

⁶⁹ D. Endres/S. Stellbrink, Wo steht Deutschland im internationalen Steuerwettbewerb, StuW 1/2012, blz. 104.

⁷⁰ C. Spengel/R. Bräutigum, Steuerpolitik in Deutschland - eine Halbzeitbilanz der aktuellen Legislaturperiode im Kontext europäischer Entwicklungen, Ubg 10/2015, blz. 569 en 581.

⁷¹ A.C. Breuer/A.J.A. Stevens, Fiscale ontwikkelingen in Duitsland, WFR 2016/3, paragraaf 9.

⁷² In gelijke zin A.C. Breuer/A.J.A. Stevens, Fiscale ontwikkelingen in Duitsland, WFR 2016/3, paragraaf 3.2.

⁷³ In gelijke zin K. Mouldi/ T. Wagener, Tax Aspects for Companies in Germany's Grand Coalition Deal, BNA International, 31-03-2018.

⁷⁴ Zie bijvoorbeeld Tax & Law Special, Nach der Wahl, Steuerpolitik für den Standort Deutschland. Ein Positionspaper des Wissenschaftlichen Beirats Steuern von EY für die neue Legislaturperiode ab 2017, September 2017 onder het hoofdstuk "Wettbewerbskraft in Gefahr".

⁷⁵ Zie voor een voorbeeld ook de aangenomen motie van Nepperus, Dijkgraaf en Omtzigt op 22 maart 2016, waarin de regering verzocht wordt om de belastingopbrengsten als gevolg van de EU Antibelastingontwikkingsrichtlijn in te zetten voor het behoud van een goed fiscaal vestigingsklimaat. Kamerstukken 2015-2016, 22112, nr. 2087.

behouden, zal in mijn onderzoek op meerdere plaatsen naar voren komen en meegenomen worden in de internationale/Europese fiscale ontwikkelingsintoets uit mijn toetsingskader.

2.3.2 Familieondernemingen en personenvennootschappen

Een ander belangrijk verschil tussen Nederland en Duitsland is dat er in Duitsland relatief veel meer (grote) familieondernemingen zijn die gedreven worden in de rechtsvorm van een personenvennootschap, dat wil zeggen, een fiscaal transparant lichaam (in hoofdstuk 4 zal ik uitgebreider ingaan op de verschillende rechtsvormen en subjectieve onderworpenheid). Uit statistische cijfers blijkt bijvoorbeeld dat in Duitsland in 2015 van de 3.629.666 ondernemingen 666.231 gedreven werden via een kapitaalvennootschap. Daaruit blijkt dat ongeveer 18% van alle ondernemingen door middel van een GmbH of AG worden gedreven.⁷⁶ In Nederland was het totaal aantal bedrijven in het eerste kwartaal 2015 1.468.250, waarvan 359.795 rechtspersonen.⁷⁷ Dit betekent dat meer dan 24,5% de onderneming drijft door middel van een BV of NV. In Duitsland is het aandeel van personenvennootschappen dus relatief hoger dan in Nederland. Dit zal deels te maken hebben met het feit dat de IB-druk voor de winst uit onderneming in Duitsland lange tijd lager was dan de gecombineerde VPB- en IB druk bij kapitaalvennootschappen.⁷⁸ Daarnaast is het verschil in gebruik van rechtsvormen volgens Breuer & Stevens⁷⁹ deels een cultuurverschil dat teruggevoerd kan worden op de oude tradities van zelfstandig ondernemen en hoofdelijke aansprakelijkheid als bewijs van de persoonlijke betrokkenheid van de ondernemer.⁸⁰

In Duitsland staan de middenstand en familieondernemingen van oudsher meer centraal dan in Nederland en wordt er meer dan in Nederland gebruik gemaakt van (fiscaal transparante) personenvennootschappen. Dit zou kunnen betekenen dat sommige in Duitsland ingevoerde rechtsregels vanuit dit perspectief kunnen worden verklaard. Het betekent mijns inziens, in ieder geval voor mijn onderzoek, dat ik er rekening mee moet houden dat de middenstand / grote familiebedrijven die de onderneming door middel van personenvennootschappen drijven relatief sterk vertegenwoordigd zijn en dat zij - al dan niet via belangengroeperingen of organisaties - een belangrijke stem (kunnen) hebben in de politiek en daarmee mogelijk ook op de fiscale wetgeving.

2.3.3 Economische invalshoek in het belastingrecht

Belastingen hebben een impact op de burger, bedrijven, de overheid en de economie als geheel. Voor zowel de Nederlandse als de Duitse overheid zijn belastingen de belangrijkste inkomensbron en een

⁷⁶ Statistisches Bundesamt:

<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/UnternehmenHandwerk/Unternehmensregister/Tabellen/UnternehmenRechtsformenWZ2008.html>

⁷⁷ Centraal bureau voor de statistiek:

<http://statline.cbs.nl/Statweb/publication/?DM=SLNL&PA=81588NED&D1=0-1,11,15-24&D2=0,3,9,13,52,54,59,63,70,77,80,90,94,98,108,117,119,121,127,132,136,139&D3=32&HDR=G2,T&STB=G1&VW=T>.

⁷⁸ A.C. Breuer/A.J.A. Stevens, Fiscale ontwikkelingen in Duitsland, WFR 2016/3, paragraaf 7.

⁷⁹ A.C. Breuer/A.J.A. Stevens, De Duitse Thesaureringsbegünstigung voor IB ondernemingen: model voor Nederland? Rijkersbundel, 2013, hoofdstuk 27, blz. 383.

⁸⁰ In de Nazi-tijd was deze zienswijze nog veel extremer. Van der Geld citeert een paar interessante passages uit de bundel: P.J.A. Adriani (red), Fiscale ervaringen 1940-1945, Amsterdam 1946. Harmsen merkt daarin op (blz. 16): *“De Duitschers (Opmerking FE: bedoeld zijn hier de nazi's) gingen uit van het principe, dat een koopman slechts varen mocht onder eigen vlag, dus zaken doen onder eigen naam, en daarom wilde men niets weten van de kleine besloten naamloze vennootschap. Deze moest volledig wég-belast worden.”* Verder geeft hij aan dat in de destijds Duitse rechtspraak naar voren is gekomen, dat de *“Nationalsocialistischer Weltanschauung”* gekant is tegen de anonieme rechtsvorm, omdat zij de eigen verantwoordelijkheid en de persoonlijke aansprakelijkheid voor eigen daden wil hooghouden. J.A.G. van der Geld, Hoofdzaken vennootschapsbelasting, FED fiscale studiereserie nr. 31, 9^e druk, Kluwer, 2013, paragraaf 2.2, voetnoot 25.

middel om economische en maatschappelijke doeleinden na te streven. Naast een sterk juridisch karakter hebben belastingen dus ook een sterke economische dimensie.⁸¹ Verburg geeft aan dat de fiscale wetgeving zodanig moet zijn ingericht dat het bedrijfsleven erop mag rekenen dat het in zijn groei en expansie niet onnodig wordt belemmerd.⁸² Zowel de Nederlandse als de Duitse wetgever heeft dat onderkend en, zoals nog zal blijken, is in beide landen rekening gehouden met bijvoorbeeld de economische dimensie van concernvorming. Beide landen kennen namelijk het fiscale leerstuk van de deelnemingsvrijstelling, een fiscale eenheidsregime en fusie- en splitsingsfaciliteiten, waarbij economische uitgangspunten net zo, of wellicht nog wel belangrijker zijn dan de juridische uitgangspunten. De Hosson erkent ook dat het fiscale recht regelmatig de (juridische) rechtspersoonlijkheidsmantel van de dochtervennootschap doorbreekt, bijvoorbeeld waar het, als een regeling de belastingheffing van een groep vennootschappen in aanmerking neemt (fiscale eenheid, *Organschaft*, group relief, enz.), of als antimisbruikmaatregel, CFC-achtige wetgeving toepast. Anderzijds bestaat er volgens hem een typisch fiscaalrechtelijke regel dat de winst van een filiaal (vaste inrichting) zoveel mogelijk dient te worden vastgesteld als ware sprake van een onafhankelijke onderneming.⁸³ Desens geeft aan dat economische omstandigheden soms botsen met de juridische zelfstandigheid van rechtspersonen, zodat bijzondere regelingen voor verbonden ondernemingen noodzakelijk zijn.⁸⁴ Daarnaast is er bij bepaalde leerstukken meer aandacht voor de materiële (economische) werkelijkheid in plaats van de juridische vormgeving (denk bijvoorbeeld aan leningen die fiscaal kunnen worden geherkwalificeerd in kapitaal). In sommige gevallen geldt eenduidig het "substance over form" principe.⁸⁵

In de komende hoofdstukken zal blijken dat er zowel in Duitsland als in Nederland een spanning bestaat tussen juridische en economische uitgangspunten. Deze spanning uit zich in mijn onderzoek met name bij het belasten op concernniveau (economisch uitgangspunt) en de hoofdregel in de vennootschapsbelasting respectievelijk *Körperschaftsteuer* dat ieder lichaam juridisch gezien zelfstandig belastingplichtig is. In beide landen bestaat er zowel historisch als in het huidige recht niet zoiets als een (gesloten) fiscaal systeem voor belastingheffing van concerns. Er bestaan verschillende fiscale wettelijke regelingen die op concerns van toepassing zijn, maar wat betreft ratio, voorwaarden en uitwerking van elkaar verschillen.

Het rekening houden met economische aspecten binnen de fiscaliteit komt in mijn onderzoek ook terug bij de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader (waarbij vanuit het neutraliteitsbeginsel belastingheffing zo min mogelijk economisch verstorend mag zijn) en de kwaliteitseis van "onderlinge afstemming" (zie hoofdstuk 1.3.2.4).

2.4 Maatschappelijke ontwikkelingen

2.4.1 Corporate governance

In de beginjaren na de eeuwwisseling werd de wereld opgeschrikt door een aantal financiële schandalen. Als reactie hierop werd in de Verenigde Staten de zogenoemde *Sarbanes Oxley Act* in 2002 ingevoerd in een poging om het vertrouwen in de kapitaalmarkten te herstellen. Met de invoering van de *Sarbanes Oxley Act* worden eisen gesteld aan interne controlesystemen rond financiële informatieverstrekking. Hoewel de *Sarbanes Oxley Act* niet expliciet van toepassing was op Nederlandse ondernemingen was er wel een nieuwe standaard geformuleerd voor toezichthouders

⁸¹ Vergelijk J.A.G. van der Geld, *Belastingrecht: een moeizame "cohabitation" tussen economie en recht*, Schonisbundel, Kluwer, 2006, blz. 29 e.v. en T.Siegel/C.Kirchner/R.Elschen/H.Küpper/D.Rückle, *Juristen und Ökonomen: Kooperation oder Mauerbau?* *StuW* 3/2000, blz. 257-260.

⁸² J. Verburg, *Vennootschapsbelasting*, *Fiscale Handboeken* nr. 4, 2000, paragraaf 12.2.

⁸³ F.C. de Hosson, *Het onderscheid vaste inrichting - dochtervennootschap bezien vanuit gemeenschappelijk perspectief*, *WFR* 2003/1581.

⁸⁴ Desens in Hermann/Heuer/Raupach, *Einf. KSt*, Anm.10-14.

⁸⁵ Vergelijk ook H.Weber-Grellet, *Die fortschreitende Emanzipation des Steuerrechts*, *StuW* 3/2016, blz. 234.

op kapitaalmarkten en bestuurders van ondernemingen.⁸⁶ In Duitsland geldt (officieel) sinds 30 augustus 2002 de Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK). In Nederland werd op 9 december 2003 de Nederlandse Corporate Governance Code gepubliceerd door de commissie-Tabaksblat. De commissie omschrijft goede corporate governance als volgt: *“Goed ondernemerschap, waaronder inbegrepen integer en transparant handelen door het bestuur, alsmede goed toezicht hierop, waaronder inbegrepen het afleggen van verantwoording over het uitgeoefende toezicht, zijn essentiële voorwaarden voor het stellen van vertrouwen in het bestuur en het toezicht door de belanghebbenden.”*⁸⁷ Op 8 december 2016 publiceerde de Monitoring Commissie Corporate Governance Code een nieuwe Corporate Governance Code, waarbij de structuur enigszins is aangepast. De benadering is meer thematisch in plaats van gericht op de verschillende functies en organen.⁸⁸ Deze Code is op 7 september 2017 wettelijk verankerd en treedt per 1 januari 2018 in werking.⁸⁹

Het gevolg van Sarbanes Oxley en de Nederlandse Corporate Governance Code is dat belastingen veel meer aandacht van bestuurders en toezichthouders hebben gekregen.⁹⁰ Het bestuur wordt afgerekend op het formuleren, uitdragen en monitoren van beleid, waaronder ook fiscaal beleid. Daaruit volgt dat het bestuur zaken als interne beheersing, risicobeheersing en de wijze van management control op orde dient te hebben.⁹¹ Er heeft met andere woorden de laatste jaren een verschuiving plaatsgevonden van een focus op belastingminimalisatie / belastingontwijking naar een focus op “goed fiscaal beleid voeren” en risicomimalisatie (in control zijn).⁹² Uit onderzoek van Allen & Overy blijkt dat deze ontwikkeling zich ook in andere landen heeft voortgedaan, waaronder Duitsland. Van de ondervraagde Nederlandse en Duitse ondernemingen geeft 48%, respectievelijk 36% aan dat minstens één keer per maand fiscale zaken in bestuurskamers worden besproken, terwijl dat percentage in 2011 nog 32, respectievelijk 25 was.⁹³ Deze ontwikkeling in Duitsland wordt ook bevestigd door Grotherr. Hij wijst er op dat taxplanning niet meer op zichzelf staat door de ontwikkelingen rondom corporate governance. Hij geeft onder meer aan dat de op korte termijn mogelijke voordelen van taxplanning moeten worden afgewogen tegen de mogelijke extra kosten van tax compliance, tax risk management en corporate social responsibility.⁹⁴

⁸⁶ P.H.M. Simonis, Over corporate governance, jaarrekeningrecht en horizontaal toezicht, WFR 2008/5.

⁸⁷ Preamble, punt 3 Nederlandse Corporate Governance Code, Stcrt. 2004, 250, blz. 35.

⁸⁸ Zie R. Russo, Nieuwe voorstellen Corporate Governance Code: fiscaal relevant? WFR 2016/119 voor een uiteenzetting van de mogelijke fiscale gevolgen van de aangepaste Code. Voor een algehele uitgebreide uiteenzetting van de wijzigingen zie ook de special in het Maandblad voor Ondernemingsrecht (MvO) 2017/03/1-2.

⁸⁹ Stcrt. 2017, 332, Besluit van 29 augustus 2017 tot wijziging van het Besluit van 23 december 2004 tot vaststelling van nadere voorschriften omtrent de inhoud van het jaarverslag.

⁹⁰ Zie hierover ook R.H. Happé, Het tijdperk van splendid isolation voor de fiscaliteit ligt definitief achter ons, WFR 2012/1162. De auteur geeft een beschrijving van het boek van W. Schön, Tax and Corporate Governance, Springer Verlag, Berlijn 2008. Happé geeft aan dat het hoofdthema van het boek, de onderlinge wisselwerking tussen belastingen en corporate governance en in het verlengde daarvan maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO), niet meer is weg te denken uit het politieke, wetenschappelijke en maatschappelijke debat. Onderwerpen die in het boek aan de orde komen zijn het agency probleem, book-tax conformity, tax control framework, de eigen aard van een (grote) onderneming en de drang van overheden om steeds meer transparantie te eisen van belastingplichtigen.

⁹¹ Vergelijk R. Russo, Fiscaal beleid en Corporate Governance, TFO 2015/136, paragraaf 6.

⁹² Gribnau vindt het tijd om de fiscaliteit te incorporeren in de Corporate Social Responsibility-strategie van ondernemingen, zie J.L.M. Gribnau, Belastingen als olifant, NTFR 2016/684. Ook Happé wijst de multinationals al jaren op de fiscale morele verplichtingen. Zie o.a. Happé, fiscale ethiek voor multinationals, WFR 2015/938.

⁹³ Onderzoek Allen & Overy, Global tax practice, negotiating the minefield: managing tax risks in challenging times, January 2017, blz.7.

⁹⁴ S. Grotherr, Wie weit geht die gesellschaftsrechtliche Verpflichtung des Vorstands zur (aggressiven) internationale Steuerplanung? Ubg 6/2015, blz. 360-372.

2.4.2 Fair share (moraliteit)

Zoals hiervoor is aangegeven, is in zowel de Nederlandse als Duitse maatschappij, media en politiek de aandacht de laatste jaren enorm toegenomen voor de wijze waarop ondernemingen (met name multinationals) met belastingen omgaan. Een verklaring hiervoor is waarschijnlijk de economische en financiële crisis waardoor overheden te kampen hebben met begrotingstekorten en de burgers te maken krijgen met lastenverzwaringen. De publieke verontwaardiging was dan ook groot toen bleek dat met name multinationals tal van mogelijkheden hebben (kunnen creëren) om belastingen te ontwijken.⁹⁵ Een reeks van "leaks" en "papers"⁹⁶ deed menigeen in zowel Duitsland, Nederland en ongetwijfeld ook de rest van de wereld de wenkbrauwen fronsen. Kort geformuleerd werden en worden multinationals vaak neergezet als "fiscale boeven" die geen of te weinig belasting betalen en dus niet hun fair share bijdragen aan de maatschappij. Mijns inziens is de nuance in deze discussie vaak ver te zoeken en wordt tax planning, belastingontwijking en belastingfraude ten onrechte vaak in één adem genoemd.⁹⁷

Deze maatschappelijke ontwikkeling zorgt er echter wel voor dat ondernemingen (en hun adviseurs) in zowel Nederland als Duitsland over het algemeen in de laatste jaren minder bezig lijken te zijn met fiscale grensverkenning.⁹⁸ De politieke en publieke aandacht voor belastingontwijking heeft het risico van reputatieschade voor ondernemingen vergroot.

Het gaat mijn onderzoek te buiten om systematisch de invloed van maatschappelijke ontwikkelingen op de winstbelasting van lichamen in beide landen te onderzoeken. Ik volsta met het noemen van beide bovenstaande ontwikkelingen en merk op dat deze ongeveer dezelfde invloed zullen hebben op de winstbelasting van lichamen in Nederland en Duitsland.

2.5 Culturele invloeden

"Flexibiliteit en pragmatisme tegenover structuur en regels"; zo kan men volgens Antonissen van de Duits-Nederlandse Handelskamer de tegenstellingen tussen het Nederlandse en Duitse het best typeren.⁹⁹ De Duits-Nederlandse Handelskamer heeft mijns inziens ook een mooi overzicht gemaakt van de top tien meest voorkomende struikelblokken voor Nederlanders bij de handel met

⁹⁵ Hierbij wel de opmerking dat deze mogelijkheden veelal geschapen worden door de lidstaten zelf doordat de lidstaten soms zelfs bewust afzien van nationale regels en/of internationale regels.

⁹⁶ De Offshore-Leaks in 2013, Lux-Leaks in 2014, Swiss-Leaks in 2015 en de Panama Papers in 2016, zie Redactie, wat zijn de Panama Papers, Financieel Dagblad, 4 april 2016. In november 2017 kwam daar de publicatie van de zogenoemde Paradise Papers nog bij.

⁹⁷ Vergelijk P.H.J. Essers, Vijftien stellingen naar aanleiding van het debat over brievenbusmaatschappijen, NTFR 2013/2019. Opvallend vind ik bijvoorbeeld dat in het op 7 februari 2018 gepubliceerde regeerakkoord van de nieuwe regering CDU/CSU en SPD hierin ook geen onderscheid wordt gemaakt. Op blz. 69 is te lezen: "*Wir wollen Steuerhinterziehung, Steuervermeidung, unfairen Steuerwettbewerb und Geldwäsche effizient und unbürokratisch im nationalen, europäischen und internationalen Rahmen bekämpfen*". De (Nederlandse) staatssecretaris maakt overigens in de brief van 23 februari 2018 (V-N 2018/14.2) over belastingontwijking en belastingontduiking wel een onderscheid en merkt expliciet op dat hij ook belastingontwijking ongewenst vindt.

⁹⁸ Voor een zienswijze op de fair share problematiek zie bijvoorbeeld T. Bender, Tussen ethiek en wet: een derde weg, WFR 2017/20; de noot van P.G.H. Albert onderdeel 8 en 9 in HR 21 april 2017, nr. 15/05357, BNB 2017/162 (Credit Suisse); J.L.M. Gribnau, Belastingen als olifant, NTFR 2016/684, waarin een morele, juridische en economische dimensie van (agressieve) tax planning uiteen wordt gezet. J.L.M. Gribnau, Belastingen, ethiek en waarden. Een weerbarstig driespan, NTFR 2017/660. Voor een moreel getinte uiteenzetting zie R.H. Happé, Fiscale ethiek voor multinationals, WFR 2015/938. Voor een meer bedrijfseconomische benadering zie bijvoorbeeld F. Horzen, Weg met moralisme!, NTFR 2013/1038. Voor een Duitse zienswijze zie J. Lang, Steuergerechtigheit, StuW 2/2016, blz.110-111.

⁹⁹ Duits-Nederlandse Handelskamer, etiquette in Duitsland/ Duitse cultuurverschillen.
<http://www.dnhk.org/nl/niederlande/cultuur-en-etiquette/>

Duitsland.¹⁰⁰ Hoewel dit overzicht weliswaar wat cliché-achtig overkomt en lang niet in alle gevallen van toepassing zal zijn, biedt het mijns inziens inzicht in enkele culturele verschillen met Nederland

- Onderschatting van de hiërarchie in Duitse organisaties;
- gebruik van Du/Sie (aanspreekvormen);
- gebrek aan inzicht in de overlegstructuren;
- gebrek aan goede en deskundige voorbereiding bij meetings;
- contract- is-contract-mentaliteit van Duitsers;
- strikte punctualiteit in Duitsland;
- uiterlijk verschijningsbeeld;
- goede verzorging en investering in contacten;
- strikte scheiding tussen privé en werk;
- titulatuur.

Ook de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland wijst er op dat de zakencultuur in Duitsland formeler is dan in Nederland. Vooral bij het traditionele MKB in Duitsland is de voertaal in de meeste gevallen Duits, moet de correspondentie in het Duits worden opgesteld en staat punctualiteit hoog in het vaandel.¹⁰¹

Het gaat mijn onderzoek te buiten om systematisch de invloed van culturele verschillen op de fiscale rechtsregels te onderzoeken. Ik volsta met bovenstaande opsomming van geconstateerde verschillen en merk op dat deze culturele verschillen wellicht (deels) een verklaring zouden kunnen geven voor verschillen in Nederlandse en Duitse rechtsregels en voor verschillen in de fiscale uitvoeringssfeer (relatie tussen de belastingplichtige en Nederlandse Belastingdienst enerzijds en relatie tussen de belastingplichtige en Duitse *Finanzverwaltung* anderzijds).

2.6 Politieke invloeden

Zowel Nederland als Duitsland kent over het algemeen een stabiele politieke situatie. Wetgeving, waaronder ook fiscale wetgeving komt, zoals uit hoofdstuk 2.9 nog zal blijken, door middel van een democratisch proces tot stand. Een belangrijke invloed als het gaat om de totstandkoming van de uiteindelijke wettelijke fiscale regels is de politieke invloed.¹⁰² Er wordt wel beweerd dat de politiek eigenlijk bedreven wordt en wetten opgesteld worden door de achterban en dat vaak de best georganiseerde lobbygroeperingen het meeste voor elkaar krijgen.¹⁰³ Kruithof geeft bijvoorbeeld aan dat er vaak vooroverleg plaatsvindt met belangengroepen voordat een wijzigingsvoorstel bij de Kamer wordt ingediend.¹⁰⁴ Het kan dus zijn dat de uiteindelijke fiscale regel niet gestoeld is op rechtstheoretische of economische gronden, maar een compromis is tussen politieke partijen. Kruithof geeft bijvoorbeeld aan dat theoretische beschouwingen over onevenwichtigheden in de vennootschapsbelasting minder zwaar blijken te tellen dan het vestigingsklimaat of de belangen van het internationale bedrijfsleven.¹⁰⁵ Ook Strik geeft aan dat het huidige belastingstelsel de uitkomst is van politiek/maatschappelijk strijd/debat waarin meerdere groeperingen verschillende belangen najagen. De belastingwetgeving is volgens hem de resultante van politieke invloed en maatschappelijke pressie.¹⁰⁶ Het ware en het goede kunnen de politiek volgens Strik zeer wel inspireren, maar zij kunnen de politiek niet vervangen. En politiek is een strijd tussen veelal

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ Zie de "do and don't" lijst bij het landenoverzicht (Duitsland) op de website www.rvo.nl.

¹⁰² Voor een boeiend betoog over de wisselwerking tussen de macht van de politiek en belastingen zie K.Tipke, Mehr oder weniger Gestaltungsfreiheit für den Steuergesetzgeber? *StuW* 4/2014, blz.273-285.

¹⁰³ Dit aspect kwam meerdere malen aan bod tijdens de bijzonder interessante hoorcolleges over vennootschapsbelasting van Prof. Dr. J.A.G. van der Geld in de periode 1981-2016 aan de Tilburg University. Een lezerswaardig boek over de politieke invloed is mijns inziens van J.C. Luyendijk, *Je hebt het niet van mij, maar... een maand aan het binnenhof*, Uitgeverij Podium BV, november 2010.

¹⁰⁴ J. Kruithof, *De vennootschapsbelasting, wetgeven met gebonden handen, 50 jaar Directe Belastingen: opstellen aangeboden aan Ben Verhoeven*, Kluwer, 2012, paragraaf 5.

¹⁰⁵ J. Kruithof, *De vennootschapsbelasting, wetgeven met gebonden handen, 50 jaar Directe Belastingen: opstellen aangeboden aan Ben Verhoeven*, Kluwer, 2012, paragraaf 2.1.

¹⁰⁶ S. Strik, *Zijn belastingbeginselen nodig?* *WFR* 2014/1052.

onverzoenlijke belangen, die inkleuring geven aan geprefereerde oplossingen.¹⁰⁷ Caminada & Stevens laten zich in gelijke bewoordingen uit en geven aan dat het bestaande belastingrecht de uitkomst is van het maatschappelijk besluitvormingsproces waarin de conflicterende belangen ten opzichte van elkaar zijn afgewogen.¹⁰⁸ Van der Ende wijst op de nauwe verwevenheid in Nederland tussen belastingadviseurs, Ministerie van Financiën en Belastingdienst. De ons-kent-ons-cultuur zou leiden tot weinig veranderingsbereidheid.¹⁰⁹ Essers geeft aan dat in een democratie het niet meevalt om fundamentele belastinghervormingen te realiseren, omdat het - gelet op de vele tegengestelde belangen - vaak moeilijk is om er voldoende politiek en maatschappelijk draagvlak voor te vinden. Hij geeft aan dat het dan ook niet verwonderlijk is, dat het beste klimaat voor de invoering van fundamentele belastinghervormingen tijden van grote nood en crisis (zoals oorlogen) zijn.¹¹⁰ Ook in Duitsland is de politieke invloed op belastingwetgeving aanwezig.¹¹¹ Hey geeft aan dat het belastingrecht sinds jaar en dag als stemmenvanger van de partijpolitiek wordt gebruikt.¹¹² Ondanks de roep om transparant te maken welke lobbygroeperingen, belangengroepen aan de politieke tafel zitten, is de daadwerkelijke invloed die dergelijke groeperingen kunnen uitoefenen of hebben uitgeoefend op fiscale wetgeving tot op heden lastig, of zelfs niet, meetbaar.¹¹³ Ook Lang geeft aan dat het een internationaal fenomeen is dat structurele belastinghervormingen zelden doorgang vinden. Volgens hem is de oorzaak dat: *“die Gewinner einer Reform sich stillschweigend freuen, während die Verlierer der Reform mit ihrer Lobby stets erfolgreich Fundamentalreformen verhindert haben.”*¹¹⁴

In mijn onderzoek worden de verschillen en overeenkomsten tussen Nederlandse en Duitse politieke invloeden op de winstbelasting van lichamen niet systematisch verder onderzocht. Bij het beoordelen van de rechtsregels zal ik - voorzover dat mogelijk is en daar aanleiding voor is - ingaan op mogelijke politieke overeenkomsten en verschillen die van invloed (kunnen) zijn geweest.

2.7 Europese fiscale ontwikkelingen

2.7.1 Inleiding

In beginsel bepaalt iedere EU lidstaat zelf de inhoud van directe belastingen (zoals de inkomsten- en vennootschapsbelasting), wat ook wel belastingsovereiniteit wordt genoemd.¹¹⁵ Iedere lidstaat heeft zich echter te houden aan het primaire EU-recht (verdragen)¹¹⁶ en het secundaire EU-recht

¹⁰⁷ S. Strik, Praktijk zonder theorie, hoe pragmatiek het wint van beginselen, 40 jaar Cursus Belastingrecht, paragraaf 3.

¹⁰⁸ K. Caminada/L. Stevens, Instrumenteel fiscaal beleid, oorzaak van complexiteit en scheefgroei, WFR 2017/50.

¹⁰⁹ L. Berentsen, Hoeveel invloed heeft de belastingadviesbranche op het Ministerie van Financiën? Financieel Dagblad 14 november 2016.

¹¹⁰ P.H.J. Essers, Belastingen in de Eerste en Tweede wereldoorlog, Tweehonderdjaar Rijksbelastingen, 2015, blz. 89.

¹¹¹ Veelzeggend vond ik het mijns inziens grappige citaat van een deelnemer aan het Haarman 2014 Steuerkonferenz op 20 februari 2014 in Berlijn die een citaat van Pruisische Minister-President Otto von Bismarcken aanhaalde, *“Mit Gesetzen ist es wie mit Würstchen. Es ist besser, wenn man nicht sieht, wie sie gemacht werden.”*

¹¹² Hey merkt op: *“Seit jeher wird das Steuerrecht als Vehikel von parteipolitischen Positionen gehandhabt und nicht als Materie des Rechts. Das Gemeinwohl läuft in einer pluralistischen Demokratie Gefahr, durch Gruppeninteressen verdrängt zu werden. Dank seiner jeden Lebensbereich und jeden Wähler erfassenden Breitenwirkung scheint das Steuerrecht prädestiniert zur “Stimmenfangpolitik” durch steuerliche Wahlkampfgeschenke [...]”*. J. Hey, in: Tipke/Lang²², Steuerrecht, §3, Rz.1.

¹¹³ Bericht von Transparency International, *So beeinflusst Lobbying die deutsche Politik*, Süddeutsche Zeitung, 13 oktober 2014.

¹¹⁴ J. Lang, Steuergerechtigkeit, StuW 2/2016, blz. 116.

¹¹⁵ Art. 114 VwEU bepaalt dat op het terrein van de directe belastingen slechts met unanimiteit kan worden besloten tot harmonisatie of unificatie.

¹¹⁶ Het EG-verdrag, EGKS-verdrag, Euratom-verdrag, EU-verdrag en sinds 1 december 2009 de verdragen betreffende de werking van de EU en betreffende de EU worden wel aangeduid als het primaire EU-recht.

(richtlijnen en verordeningen). Niet alleen juridisch afdwingbare regels zijn van invloed (geweest) op de nationale fiscale regels, maar ook politieke druk vanuit de rest van Europa. Op 1 december 1997 is bijvoorbeeld door de Ministers van Financiën van de EU-lidstaten een resolutie aangenomen inzake een "Gedragscode tegen schadelijke belastingconcurrentie" (opgesteld door de Code of Conduct groep, of ook wel Primarolo-groep genoemd). Op basis van de gedragscode is een lijst met als schadelijk te kwalificeren fiscale regels opgesteld door de lidstaten. Deze Gedragscode wordt met enige regelmaat weer van stal gehaald, meest recent nog eind 2015.¹¹⁷ Het is in ieder geval duidelijk dat in de laatste decennia het belang en de impact van EU-recht op de nationale wetgeving in de lidstaten (dus zowel in Nederland als in Duitsland) sterk is toegenomen.¹¹⁸ Hieronder zal ik kort ingaan op het primaire EU-recht, secundaire EU-recht en initiatieven om tot een meer geharmoniseerde winstbelasting van lichamen in Europa te komen.

2.7.2 Primair EU-recht

Met primair EU-recht worden over het algemeen de staatssteunregels bedoeld en de verdragsvrijheden. De regels tegen verboden staatssteun staan weergegeven in art. 107 t/m 109 VwEU. Er is sprake van verboden staatssteun indien aan een beperkt aantal ondernemingen door specifieke nationale fiscale regels een voordeel uit publieke middelen wordt verstrekt waardoor de mededinging wordt vervalst of dreigt te worden vervalst. De Europese Commissie oordeelt of er sprake is van verboden staatssteun.

De vier vrijheden uit het VwEU, zijnde de vrijheid van goederenverkeer, personen (werknemers en vestiging), diensten en van kapitaal staan weergegeven in art. 28 t/m 66 VwEU. Nationale fiscale bepalingen mogen niet botsen met deze verdragsvrijheden, tenzij er een objectieve rechtvaardigingsgrond aanwezig is die de belemmering en/of discriminatie toch acceptabel maakt. Een dergelijke nationale fiscale bepaling moet dan wel proportioneel zijn. Of nationale fiscale bepalingen in strijd zijn met de verdragsvrijheden wordt uiteindelijk getoetst door het Europese Hof van Justitie. In mijn onderzoek zullen in de desbetreffende hoofdstukken diverse rechtsregels aan bod komen die in strijd waren of mogelijk in strijd zijn met het verbod op staatssteun of de verdragsvrijheden.¹¹⁹

2.7.3 Secundair EU-recht

Lidstaten van de Europese Unie moeten Europees vastgestelde richtlijnen (en verordeningen) implementeren in hun nationale wetgeving. De Moeder-dochterrichtlijn, Fusierichtlijn en de recent aangenomen Antibelastingontwikplingsrichtlijnen¹²⁰ hebben het meeste impact op de winstbelasting van lichamen. De Moeder-dochterrichtlijn gaf de EU-lidstaten de opdracht hun wetgeving zodanig aan te passen dat vanaf 1 januari 1992 in kwalificerende grensoverschrijdende moeder-dochterverhoudingen dividenden bij de EU-dochtermaatschappij niet meer met een bronbelasting zouden worden belast en bij de moedermaatschappij voor deze dividenden een tegemoetkoming ter voorkoming van internationale dubbele belasting wordt gegeven via de vrijstellings- dan wel de

¹¹⁷ Opvallend is de discussie die op het moment van schrijven gaande is omtrent de rol die Nederland zou hebben gespeeld bij de Gedragscode. Uit de stukken van de Gedragscode blijkt volgens het Financieel Dagblad dat Nederland soms een eenzame strijd voert om zijn fiscaal aantrekkelijk vestigingsklimaat te behouden en dat geen enkel ander land de kont zo vaak tegen de Europese krib gooit. Zie L. Berentsen, Nederland blijkt binnen EU notoire fiscale dwarsligger, Financieel Dagblad, 14 april 2016.

¹¹⁸ Vergelijk G.T.K. Meussen, De invloed van Europa op de fiscaliteit, MBB 2016/09-10.

¹¹⁹ Voor een compleet overzicht van de huidige Nederlandse en Duitse fiscale rechtsregels in de winstbelasting voor lichamen die mogelijk in strijd zijn met EU-recht verwijs ik naar J.A.R. van Eijdsen/B.J. Kiegebeld/D.S. Smit (red.), Nederlands belastingrecht in Europees perspectief, Kluwer 2014, respectievelijk W. Kessler/C.Spengel, Checkliste potenziell EU-rechtswidriger Normen des deutschen direkten Steuerrechts, Der Betrieb, Beilage 01 zu Heft Nr. 05, 3 februari 2017.

¹²⁰ Ook wel anti-BEPS-richtlijnen genoemd, of genoemd onder de Engelse benaming Anti-Tax-Avoidance-Directives, afgekort als ATAD.

creditmethode.¹²¹ In 2014 is de Moeder-dochterrichtlijn voor het laatst gewijzigd en is er een algemene antimisbruikbepaling in de Richtlijn opgenomen en een bepaling ingevoerd om hybride mismatches tegen te gaan. Op de Moeder-dochterrichtlijn zal nader worden ingegaan in hoofdstuk 8. De Fusierichtlijn is van toepassing op juridische fusies, juridische splitsingen, aandelenfusies en bedrijfsfusies. De Fusierichtlijn bepaalt dat in alle genoemde gevallen vanaf het jaar 1992 ter zake van de fusie of splitsing geen fiscale afrekening dient plaats te vinden, indien is voldaan aan een aantal voorwaarden. Gevolg hiervan is dat de fiscale claims zowel op het niveau van de aandeelhouder als op het niveau van de fuserende of splitsende vennootschap (inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting) worden doorgeschoven. Op de Fusierichtlijn zal ik nader ingaan in hoofdstuk 10. De Antibelastingontwikkelingsrichtlijnen zal ik uiteenzetten in hoofdstuk 2.7.4.2 en indien relevant in de desbetreffende hoofdstukken. Andere Europese richtlijnen en verordeningen blijven in dit onderzoek onbesproken.

2.7.4 Voorstellen voor harmonisatie van de winstbelastingen in Europa

Er is al een aantal verschillende initiatieven geweest om de winstbelastingen in Europa op elkaar af te stemmen. De commissie-Ruding bracht bijvoorbeeld in 1992 een rapport uit met fiscale harmonisatievoorstellen (richtlijnen) die het functioneren van de interne (EU) markt zouden moeten verbeteren.¹²² Van recentere datum is het C(C)CTB voorstel en het pakket aan EU maatregelen om belastingontwijking tegen te gaan, waaronder de Antibelastingontwikkelingsrichtlijnen. Tot op heden ontbrak echter de (echte) politieke wil om tot een geharmoniseerde winstbelasting in Europa te komen.¹²³ Mijns inziens ligt dit meer aan lidstaten zoals Nederland dan aan lidstaten zoals Duitsland.¹²⁴ Dit heeft alles te maken met het feit dat Nederland als klein land zich genoodzaakt voelt om te zorgen voor (het behoud van) een fiscaal aantrekkelijk vestigingsklimaat (zie ook paragraaf 2.3.1) en er minder baat bij heeft dat winstbelastingen (geheel) geharmoniseerd gaan worden. Wel zouden mijns inziens de in dit hoofdstuk beschreven economische, maatschappelijke, Europese en internationale ontwikkelingen er toe kunnen leiden dat er in de komende jaren op Europees niveau tussen lidstaten meer afspraken zullen worden gemaakt (geharmoniseerd gaat worden) ten aanzien van de winstbelasting van lichamen.

2.7.4.1 C(C)CTB

Op 16 maart 2011 kwam er een voorstel van de Europese Commissie om een Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) in te voeren.¹²⁵ De bedoeling van de CCCTB is vereenvoudiging van de belastingregels, een vermindering van de administratieve lasten en het opruimen van belastingobstakels voor ondernemingen die grensoverschrijdend opereren.¹²⁶ Deze "Europese vennootschapsbelasting" had als belangrijkste kenmerken een geharmoniseerde belastinggrondslag, vrijwillige deelname (bedrijven kunnen er voor kiezen), één loket bij één Belastingdienst waar ondernemingen hun aangifte vennootschapsbelasting konden indienen en een verdeelsleutel aan de hand waarvan de geconsolideerde winst tussen de lidstaten zou moeten worden verdeeld.¹²⁷ De

¹²¹ Zie J.A.G. van der Geld/F.J. Elswier/ S.A.Stevens, Hoofdzaken vennootschapsbelasting, FED fiscale studieserie nr. 31, 10^e druk, 2014, paragraaf 3.3.3.

¹²² Report of the committee of independent experts on company taxation, van 18 maart 1992.

¹²³ Zie hieromtrent ook Kessler/Arnold, National begrenzte Organschaft, IStR 2016,226, paragraaf 1.

¹²⁴ In gelijke zin L. Berentsen, Nederland laat zich fiscaal niet kisten, Financieel Dagblad, 14 april 2016.

¹²⁵ Kamerstukken II, 2010-2011, 32.728, nr. 1, bijlage, COM(2011) 121 definitief. Voor een nadere uiteenzetting van de CCCTB-conceptrichtlijn uit 2011 verwijs ik naar het themanummer getiteld 'Common Consolidated Corporate Tax Base', WFR 2011/ 6927 en de FED-brochure 'Common Consolidated Corporate Taks Base (CCCTB)' van Van Eijdsen/Van der Streek/Strik, Kluwer 2011.

¹²⁶ EY, op weg naar een Europese vennootschapsbelasting, brochure 2011, blz. 3.

¹²⁷ Voor een uitgebreide uiteenzetting van de CCCTB bepalingen verwijs ik naar de special van WFR 2011, aflevering 6927, nr. 1394-1447, S.A.W.J. Strik/J.L van der Streek, hoofdlijnen van de vennootschapsbelasting van de toekomst: de CCCTB? TvOB 2009/02/1343 en M.M.A. van Graafeiland/F.W.G. Kam, het voorstel voor een CCCTB - een beschouwing, MBB 2011/09. Voor een Duitse uiteenzetting zie W.Scheffler/C.Spengel e.a., Gemeinsame Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage in der EU: Konkretisierung der Gewinnermittlungsprinzipien und weiterentwicklungen, StuW 4/2015, blz. 359 ev.

tarieven zouden niet worden geharmoniseerd. In Nederland en Duitsland werden uiteraard de mogelijkheden van de CCCTB onderkend, maar beide landen zagen ook nadelen. Het Nederlandse kabinet maakte zich met name zorgen over de bijkomende administratieve lasten voor de overheid, omdat bij invoering van een CCCTB twee belastingssystemen gehanteerd zouden moeten worden. Daarnaast was vooral de wijze waarop de verdeelsleutel is vormgegeven een struikelblok. Volgens het kabinet pakt deze nadelig uit voor Nederland.¹²⁸ In Duitsland waren er met name de nodige twijfels omtrent de mogelijkheid tot grensoverschrijdende consolidatie (wat dus ook grensoverschrijdende verliesverrekening inhoudt).¹²⁹ Uiteindelijk bleef het CCCTB plan in de ijskast liggen tot 17 juni 2015. Op die dag presenteerde de Europese Commissie een actieplan voor een herziening van de vennootschapsbelasting in de Europese Unie.¹³⁰ Een belangrijk onderdeel van het actieplan was de herintroductie van de CCCTB. Gezien de discussie omtrent belastingontwijking door (multinationale) ondernemingen, zag de Europese Commissie draagvlak voor een herintroductie. Nederland reageerde niet al te happig en het kabinet gaf te kennen dat in internationaal verband actief moet worden gewerkt aan het tegengaan van grondslagerosie door op kritieke punten – daar waar verschillen tussen belastingstelsels worden misbruikt – tot harmonisatie te komen, zonder dat daarmee een volledige grondslagharmonisatie wordt beoogd.¹³¹

Op 25 oktober 2016 heeft de Europese Commissie de plannen voor de CCCTB geherlanceerd.¹³² Om snel vooruitgang te kunnen boeken, is de CCCTB opgesplitst in twee stappen, namelijk eerst overeenstemming bereiken over een gemeenschappelijke heffingsgrondslag (CCTB) en vervolgens zou kort daarna de consolidatie kunnen worden ingevoerd (CCCTB). De Commissie geeft verder aan dat dankzij de CCCTB vennootschappen voor het eerst over één enkel “rulebook” zullen beschikken voor de berekening van hun belastbare winsten in de gehele EU. Anders dan het eerdere voorstel van 2011 zal het nieuwe vennootschapsbelastingstelsel verplicht zijn voor grote multinationale groepen. Op die manier wordt volgens de Commissie gewaarborgd dat vennootschappen met een mondiale omzet van meer dan € 750 miljoen per jaar worden belast waar zij hun winsten daadwerkelijk behalen. Het is de vraag of alle lidstaten nu wel overtuigd zullen zijn van het (Europese) belang om tot een Europese vennootschapsbelasting te komen. Zowel Duitsland¹³³ als Nederland reageerde kritisch en het kabinet in Nederland liet vanwege het trekken van een zogenoemde “gele kaart” dat ook expliciet blijken.¹³⁴ De welwillendheid zal wellicht nog wel wat toenemen (met name bij kleinere EU-landen) nu de Europese Commissie heeft laten doorschemeren open te staan om de verdeelsleutel te herzien.¹³⁵

De nieuwe Duitse regering (CDU, CSU en SPD) heeft in het op 7 februari 2018 gepubliceerde regeerakkoord laten weten de CCCTB (dus ook geconsolideerd) wel te ondersteunen en voorstander te zijn van minimum vastgestelde (vennootschapsbelasting)tarieven. Daarnaast wil Duitsland samen

¹²⁸ Kamerstukken II, 2011-2012, 32 728, nr. 6, blz. 2

¹²⁹ J. Englisch, in: Tipke/Lang²², Steuerrecht, §4, Rz.71. In Duitsland bleek de animo voor harmonisatie wel groter dan in Nederland wat ik onder meer afleid uit het plan van Duitsland en Frankrijk in 2012 om fiscaal de handen in één te slaan. In het *Grünbuch der Deutsch-Französischen Zusammenarbeit – Konvergenzpunkte bei der Unternehmensbesteuerung* werd gekeken naar de overeenkomsten en verschillen van beide fiscale stelsels en de mogelijkheden om de systemen meer op elkaar te laten aansluiten.

¹³⁰ Zie het EU persbericht: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5188_en.htm

¹³¹ Brief Staatssecretaris van Financiën, 22 september 2015, Kenmerk AFP/2015/802.

¹³² In de verschillende hoofdstukken zullen de belangrijkste punten uit het C(C)CTB-voorstel de revue passeren. Voor een uitgebreide inhoudelijke uiteenzetting van het geherlanceerde C(C)CTB voorstel verwijs ik naar de special van WFR 2017, aflevering 7184, nr. 62 t/m 68.

¹³³ Zie Van de Streek die aangeeft dat de Duitse Bundesrat sceptisch is vanwege het ontbreken van tariefharmonisatie en een eerlijke verdeling van de geconsolideerde grondslag. J.L. van de Streek, De geherlanceerde CCTB/CCCTB-voorstellen; nu wél een schot in de roos?, WFR 2017/63.

¹³⁴ Kamerstukken II, 2016-2017, 34604, nr. 4, Fiche: Richtlijnen gemeenschappelijke (geconsolideerde) heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCTB en CCCTB) 18 november 2016.

¹³⁵ J.L. van de Streek, De geherlanceerde CCTB/CCCTB-voorstellen; nu wél een schot in de roos?, WFR 2017/63, paragraaf 4.

met Frankrijk het voortouw nemen en (wederom) het initiatief nemen tot een gemeenschappelijke (vennootschapsbelasting)grondslag.¹³⁶

2.7.4.2 Antibelastingontwikplingsrichtlijnen (Anti-Tax Avoidance Directive I and II)

De Europese Commissie presenteerde op 28 januari 2016 een pakket met nieuwe voorstellen om belastingontwijking door (met name) multinationals aan te pakken. Het brede pakket aan maatregelen voorziet in de implementatie van de OESO BEPS-actiepunten (zie hoofdstuk 2.8) op EU-niveau en beoogt grondslaguitholling en winstverschuivingen binnen de EU en zelfs daarbuiten tegen te gaan. De Antibelastingontwikplingsrichtlijn is de meest belangrijke component van het pakket en zal ook verreweg de meeste impact hebben op de nationale fiscale wetgeving van de lidstaten.¹³⁷ Hoe moeilijk het is om in Europees verband overeenstemming te bereiken over de technische invulling van – in dit geval – de richtlijn blijkt wel uit het feit dat een groot aantal EU ministers twee weken na de lancering van de richtlijn tegen de verwachting in bijzonder kritisch was. Het voornaamste bezwaar van veel lidstaten betrof dat veel van de in het pakket begrepen maatregelen veel verder gingen dan implementatie van de OESO BEPS-aanbevelingen. Bovendien betreurden zij dat een zogeheten effectbeoordeling van deze verdergaande maatregelen niet was opgenomen in het Antibelastingontwikplingspakket. Diverse ministers uitten de vrees dat de voorgestelde maatregelen, die verder gaan dan implementatie van de OESO-aanbevelingen, het vestigingsklimaat van hun lidstaat alsmede dat van Europa drastisch zal doen verslechteren. Uiteindelijk is er, nadat de oorspronkelijke tekst vier keer was herzien en de nodige afzwakkingen kende, op 21 juni 2016 definitieve politieke overeenstemming bereikt. Het is voor het eerst dat lidstaten een dergelijke harmonisatie van de vennootschapsbelasting binnen de EU zijn overeengekomen. Het gaat in het bijzonder om de introductie van een algemene renteaftrekbepierking (wordt nader besproken in hoofdstuk 7), een CFC-regel (wordt nader besproken in hoofdstuk 8) en een bepaling die ziet op hybride structuren (wordt onder andere nader besproken in hoofdstuk 4.2.1.4.4). Naast de implementatie van deze OESO BEPS-actiepunten, kent de richtlijn nog een emigratieheffing en een algemene antimisbruikbepaling. De richtlijn voorziet in verplichte minimumstandaarden. Het staat de lidstaten in principe vrij om bij de omzetting naar nationaal recht nog een stap verder te gaan dan waartoe de richtlijn hen verplicht. De oorspronkelijk voorgestelde “switchover” bepaling, die mogelijk grote impact zou hebben op de Nederlandse deelnemingsvrijstelling, is in de definitieve richtlijn op verzoek van meerdere lidstaten niet meer opgenomen.¹³⁸ De richtlijnbepalingen moeten uiterlijk op 31 december 2018 zijn omgezet in de nationale wetgeving van de lidstaten. Voor de omzetting van de exitheffing hebben de lidstaten één jaar langer de tijd. Daarnaast geldt er voor de algemene renteaftrekbepierking, op verzoek van een aantal lidstaten, een “grandfathering”-periode van maximaal vijf jaar (dus geldend tot uiterlijk 31 december 2023). Voorwaarde is dat er in de desbetreffende lidstaat al renteaftrekbepierkingen gelden die zich richten op grondslaguitholling en winstverschuivingen en die even effectief zijn als de renteaftrekbepierking uit de richtlijn.

Op 21 februari 2017 werd door de lidstaten ook een akkoord bereikt over een richtlijn voor hybride mismatches met derde landen (dus landen buiten de EU/EER), ook wel bekend als Anti Tax Avoidance Directive 2 (ATAD2). Hybride mismatches kunnen, kort samengevat, leiden tot dubbele niet-heffing omdat de fiscale kwalificatie van bijvoorbeeld een geldverstrekking of entiteit in het ene land anders is dan in het andere land. Het akkoord van de EU-lidstaten moet er toe leiden dat hybride

¹³⁶ Koalitionsvertrag CDU, CSU und SPD, 7 februari 2018, “Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land”. De fiscale punten uit het regeerakkoord heb ik samengevat en dit bericht is te raadplegen op Tax Live (<http://taxlive.nl/-/ey-fiscale-punten-regeerakkoord-in-duitsland>).

¹³⁷ Voor een inhoudelijke analyse van de richtlijn en achtergronden verwijs ik naar een analyse van D. Smit/M. Nouwen, plannen (anti-BEPS-richtlijn) van Europese Commissie om belastingontwijking tegen te gaan, een eerste analyse van EY, Tax Update Weekly 2016/5, <http://www.ey.com/NL/nl/Services/Tax/Tuw-edition-5-analyse-EY-van-de-plannen-anti-beps-richtlijn-van-de-europese-commissie-om-belastingontwijking-tegan>.

¹³⁸ Deze switchover bepaling staat overigens nog wel in het op 25 oktober 2016 door de Europese Commissie voorgestelde C(C)CTB. Voor een uiteenzetting daarvan verwijs ik naar I.M. de Groot, Concernbepalingen in de Common (Consolidated) Corporate Tax Base, WFR 2017/67.

mismatches tussen EU landen en landen buiten de EU worden tegengegaan. Het is de bedoeling dat de richtlijnbeplanning uiterlijk 31 december 2019 is geïmplementeerd.¹³⁹

2.7.5 Beschouwing

Ten aanzien van Europese fiscale ontwikkelingen laat Nederland mijns inziens twee gezichten zien. Politiek-diplomatiek gezien roept Nederland met enig regelmaat dat het voorstander is van harmonisatie, of uniformering van fiscale regels binnen Europa.¹⁴⁰ Bovendien speelde en speelt Nederland bij de implementatie van Europese wetgeving of jurisprudentie veelal het braafste jongetje van de Europese klas door de nationale wetgeving niet alleen tijdig aan te passen (waar op zich niets mis mee is), maar af en toe ook zo aan te passen dat deze verder gaat dan waartoe het Europees gezien verplicht is.¹⁴¹ Aan de andere kant laat Nederland – ter behoud van een aantrekkelijk fiscaal vestigingsklimaat – zo af en toe een ander gezicht zien doordat het fiscaal concurrerende rechtsregels kent die EU-rechtelijk net kunnen (bijvoorbeeld de innovatiebox¹⁴² en de in het regeerakkoord aangekondigde afschaffing van de dividendbelasting), maar ook die net niet konden (bijvoorbeeld het als staatssteun aangemerkte concernfinancieringsregime). Daarnaast is Nederland de afgelopen jaren (al dan niet terecht) steeds meer in een negatief fiscaal daglicht komen te staan met als absolute dieptepunten het feit dat de Verenigde Staten Nederland als belastingparadijs¹⁴³ aanmerkte en de Starbucks-ruling affaire.¹⁴⁴

Duitsland toont wat dat betreft politiek een wat consistentere beeld ten aanzien van Europese fiscale ontwikkelingen. Duitsland worstelt ook met de nodige aanpassingen in de nationale wetgeving naar aanleiding van Europese fiscale ontwikkelingen, maar dat ziet meer op het moeten aanpassen van nationale wetgeving, omdat deze in strijd is met de Europese verdragsvrijheden. Overigens blijkt in de praktijk dat Duitsland zeer langzaam en terughoudend is in het aanpassen van nationale wetgeving naar aanleiding van (voor de Duitse schatkist negatieve) Europese rechtspraak.¹⁴⁵

Samenvattend, kan gesteld worden dat zowel Nederland als Duitsland te maken heeft met het feit dat de afgelopen decennia de invloed van het Europese recht op het nationale recht groter is geworden. Een belangrijke voorwaarde voor het mogelijk inpassen van een Duitse rechtsregel in de

¹³⁹ Voor een uitzetting van de gevolgen van ATAD2 voor de huidige Nederlandse regelgeving met betrekking tot hybride leningen, en meer specifiek op mismatches die kunnen ontstaan als gevolg van de toepassing van de Nederlandse onzakelijkeleningdoctrine zie A.J.A. Stevens/G.K. Fibbe, Hybride hersenspinsels over BEPS en ATAD 2 (deel I: hybride financieringen), NTFR-B 2017/40 en (deel II: hybride entiteiten), NTFR-B 2017/45. In deel II gaan de auteurs ook in op de zogenoemde KG-structuren.

¹⁴⁰ Dit bleek bijvoorbeeld sterk uit de eerste helft van 2016 toen Nederland voorzitter van de EU was.

¹⁴¹ Een recent voorbeeld is bijvoorbeeld de aankondiging van de staatssecretaris in de brief van 23 februari 2018 over belastingontwijking en ontduiking dat Nederland wat betreft de implementatie van de earningsstrippingmaatregel verder wil gaan dan nodig is op grond van de Antibelastingontwijkingsrichtlijn. Ook bij de implementatie van de aanpassingen in de Moeder-dochterrichtlijn kan afgevraagd worden of Nederland niet te ver gaat met interpretatie van de bepaling tegen hybride leningen (art. 13 lid 17 Wet VPB 1969). Zie daaromtrent Kamerstukken I, 2015-2016, 34 302, nr. J en nr. G, blz. 75. Voor verdere voorbeelden en een onderbouwing verwijs ik naar het artikel P.H.J. Essers/ F.J. Elswier, Dutch experience with European developments: a story of Dr. Jekyll and Mr. Hyde, EC Tax Review 2003/02, blz. 82-90.

¹⁴² In dit onderzoek wordt nauwelijks ingegaan op de innovatiebox of andere fiscale stimuleringsmaatregelen omtrent innovatie, zoals de WBSO aftrek, of de in Duitsland verleende subsidies voor innovatie. Alleen in hoofdstuk 5.1 ga ik kort in op de fiscale faciliteiten voor innovatie in beide landen.

¹⁴³ Bijvoorbeeld in mei 2009, zie Zembla-uitzending van zondag 18 oktober 2009, Nederland belastingparadijs.

¹⁴⁴ Zie het oordeel van de Europese Commissie van 21 oktober 2015 en de reactie van het Nederlandse kabinet op dit oordeel (Min. v. Fin. 27 november 2015, AFP/2015/948M).

¹⁴⁵ In gelijke zin K. van Brocke / S. Müller, Die Auswirkungen des SCA Group Holding-Urteils auf das deutsche Steuerrecht, DStR 2014, 2106 en J. Hey, Perspektiven der Unternehmensbesteuerung, Gewerbesteuer – Gruppenbesteuerung – Verlustverrechnung – Gewinnermittlung, StuW 2/2011, blz. 139. Zij merkt onder meer op: *“Generell wäre der Gesetzgeber gut beraten, die Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben nicht allein der Rechtsprechung zu überlassen.”*

Nederlandse winstbelasting van lichamen is wat mij betreft dus dat de desbetreffende Duitse rechtsregel de Europeesrechtelijke toets kan doorstaan. In veel gevallen zal dat het geval zijn, aangezien uiteraard Duitsland zich ook te houden heeft aan de Europeesrechtelijke wetgeving. Het kan echter zo zijn dat – net als in Nederland – ook de Duitse wetgever bij bepaalde rechtsregels worstelt met de EU-rechtelijke houdbaarheid, waardoor het niet aanbevelenswaardig kan zijn een rechtsregel in te voeren in Nederland. Dit punt komt in mijn onderzoek nadrukkelijk naar voren bij het fiscaal-juridisch toetsen van de rechtsregels (zie hoofdstuk 1.3.2.4). Dit betekent dat ik onder andere toets of de Nederlandse en Duitse rechtsregels recht doen aan internationaal en Europees recht. Zoals al aangegeven, ben ik van mening dat ook recht gedaan moet worden aan Europese ontwikkelingen zoals de C(C)CTB. Niet dat ik vind dat de C(C)CTB leidend is, maar het zou mijns inziens niet aanbevelenswaardig zijn als Nederland zonder goede reden tegen de Europese stroom inroeit. Dit punt komt terug in de internationale/Europese fiscale ontwikkelings-toets uit mijn toetsingskader. Een integrale toetsing of behandeling of de besproken rechtsregels wel voldoen aan het Europese recht en een integrale weergave van de verhouding tussen de desbetreffende rechtsregels en de voorgestelde bepalingen in de Antibelastingontwikklingsrichtlijnen of C(C)CTB valt echter buiten het bestek van mijn onderzoek.

2.8 Internationale fiscale ontwikkelingen (BEPS)

Door de toenemende internationalisering (mondialisering) van bedrijven is ook de internationale belastingheffing (de wereldwijde belastingdruk) voor bedrijven steeds belangrijker geworden. Voor de staten betekent dit een concurrentiestrijd met andere staten om internationale bedrijven aan te trekken of te behouden. Onder andere is daarvoor van belang dat een staat een gunstig fiscaal vestigingsklimaat heeft.¹⁴⁶ Deze concurrentiestrijd kenmerkt zich onder andere door bepaalde fiscale regels zo vorm te geven dat bepaalde inkomsten niet of nauwelijks worden belast en een in de loop der tijd steeds verdere verlaging van de vennootschapsbelastingtarieven. Een andere internationale fiscale ontwikkeling in de afgelopen decennia zijn de initiatieven op OESO en EU (zie ook hoofdstuk 2.7) niveau om belastingfraude en belastingontwijking tegen te gaan. Dit lijkt onlosmakelijk verbonden met het feit dat door de economische, financiële en schulden crisis staten op zoek zijn naar middelen om het huishoudboekje gezond te houden.¹⁴⁷ Beide ontwikkelingen tezamen beschouwd hebben mijns inziens iets vreemds, paradoxaals.¹⁴⁸ Het Verenigd Koninkrijk bijvoorbeeld is aan de ene kant de afgelopen jaren (en al vóór het Brexitbesluit was gevallen) één van de actiefste landen als het gaat om fiscaal zo aantrekkelijk mogelijk te zijn voor het bedrijfsleven. Aan de andere kant werden multinationals als Starbucks en Google in het Verenigd Koninkrijk openlijk aangesproken (en publiekelijk bekritiseerd) op het feit dat ze nauwelijks vennootschapsbelasting betaalden en beschuldigde het Verenigd Koninkrijk andere landen van schadelijke belastingconcurrentie. Ook in Nederland en Duitsland woedde en woedt een verhitte discussie over belastingontwijkende lichamen en over het wel of niet betalen van een “fair share” aan vennootschapsbelasting (zie ook hoofdstuk 2.4). Op OESO-niveau leidde deze discussie tot een aantal actieplannen, waarvan de Base Erosion & Profit Shifting (BEPS) rapporten van de OESO¹⁴⁹ het meest prominent zijn.

¹⁴⁶ Dit is mijns inziens één van de redenen waarom het tot op heden niet tot een harmonisatie van winstbelasting op EU of wereldwijd niveau heeft geleid (zie ook paragraaf 2.7). Voor een uiteenzetting zie ook W. Schön, *Zur Zukunft des Internationalen Steuerrechts*, *StuW* 3/2012, blz.217,218.

¹⁴⁷ Voor een uiteenzetting van de invloed van de financiële en economische crisis op het Nederlandse belastingstelsel zie het themanummer MBB 09-10/2016, *De crisis voorbij...???*

¹⁴⁸ Zie hieromtrent bijvoorbeeld ook L. Berentsen, *Dominee en koopman in aanpak belastingontwijking*, *Financieel Dagblad*, 24 november 2016 en ook L. Berentsen, *Hypocrisie norm bij aanpak belastingontwijking*, *Financieel Dagblad* 8 december 2016, waarin de auteur opmerkt dat “in de Europese discussie over het fiscale vestigingsklimaat hypocrisie de norm is. De splinter in andermans oog weten EU-landen haarfijn aan te wijzen maar de balk in eigen oog blijft onbenoemd als het er om gaat internationale ondernemingen met fiscale voordelen binnen de landsgrenzen te halen.”

¹⁴⁹ OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (OECD 2013), verkrijgbaar op site www.oecd.org/tax/beps.htm. Voor een uitgebreide analyse van de BEPS rapporten zie de special van WFR 2016, aflevering 7134, nr. 47-55. Zie ook H. Vording, *BEPS in 2026*, *NTFR* 2016/1841 en P. Kavelaars,

Als gevolg van de internationale (BEPS) en Europese ontwikkelingen hebben Nederland en Duitsland de laatste jaren de nodige regels rondom toenemende transparantie en gegevensuitwisseling ingevoerd of zijn beide landen van plan deze in te voeren. Ik wijs (zonder uitputtend te willen zijn) op de volgende ontwikkelingen¹⁵⁰:

- *Country-by-country reporting (CbC-reporting)*. Dit betreft gestandaardiseerde documentatieverplichtingen voor multinationale groepen over de verrekenprijzen die zij binnen het concern hanteren. De documentatieverplichtingen betreffen een landenrapport (country-by-country report); een groepsdossier (master file) en een lokaal dossier (local file). In beide landen is CbC vanaf 1 januari 2016 van kracht. De wettelijke regels zijn terug te vinden in art. 29b tot en met art. 29h Wet VPB 1969¹⁵¹ en in Duitsland in §90 Abs. 3 AO en §138a AO.¹⁵²
- *Common reporting standard (CRS)*. De CRS voorziet in de uitwisseling van gegevens over rekeningen van buitenlandse rekeninghouders. De wet is zowel in Nederland als in Duitsland per 1 januari 2016 in werking getreden. De wettelijke regels zijn terug te vinden in art. 2a, 6c en 10a Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen (WIB), respectievelijk in het *Finanzkonteninformationsaustauschgesetz* (FKAustG).¹⁵³
- *Ultimate Beneficial Owner (UBO)*-register. De bedoeling van dit register is dat achterliggende eigenaren/ belanghebbenden van in Europa opgerichte vennootschappen en andere vennootschapsrechtelijke entiteiten geregistreerd worden. In Nederland wordt het register geïncorporeerd in het handelsregister. Een wetsvoorstel hieromtrent in Nederland wordt in het voorjaar van 2018 verwacht. Op het moment van schrijven is het wetsvoorstel in Nederland nog niet gepubliceerd. Het streven is dat in de zomer van 2018 het Nederlandse UBO-register operationeel is. In Duitsland is het UBO-register vanaf 26 juni 2017 in werking getreden.¹⁵⁴
- *Mandatory disclosure* (verplichte openbaarmaking van belastingstructuren). Op 13 maart 2018 hebben de Europese ministers van Financiën een politiek akkoord bereikt over het voorstel over Mandatory Disclosure voor financiële tussenpersonen. Intermediairs, zoals belastingadviseurs, worden verplicht om mogelijk agressieve fiscale planningconstructies aan de belastingautoriteiten te melden als zij bij het bedenken en promoten van dergelijke constructies betrokken zijn. Het is de bedoeling dat de nieuwe regels op 1 juli 2020 in werking treden. De EU-lidstaten zijn vanaf dat moment verplicht iedere drie maanden informatie uit te wisselen via een gecentraliseerde gegevensbank.
- *Multilateral Instrument (MLI)*. In juni 2017 ondertekenden bijna zeventig staten het multilateraal verdrag. Het multilateraal verdrag maakt het voor landen mogelijk op een snelle en efficiënte wijze hun wederzijdse belastingverdragen aan te passen om belastingontwijking tegen te gaan, zonder dat hiervoor nieuwe onderhandelingen nodig zijn. Op 20 december

internationale fiscale transitie, TFO 2017/150.5. Beide auteurs gaan in op huidige en toekomstige EU en internationale ontwikkelingen.

¹⁵⁰ Een nadere uiteenzetting of onderzoek naar deze ontwikkelingen en regels gaat buiten het bestek van mijn onderzoek.

¹⁵¹ Voor een nadere uiteenzetting verwijs ik naar L.G.C. Sahin, Country-by-country reporting - neem bewuste keuzes, MBB 2017/05.

¹⁵² Zie het Gesetz zur Umsetzung der Änderungen der EU-Amtshilferichtlinie und von weiteren Maßnahmen gegen Gewinnkürzungen und -verlagerungen, 20-12-2016, (BGBl. 2016 I S. 3000).

¹⁵³ Finanzkonten-Informationsaustauschgesetz vom 21-12-2015 (BGBl. I S. 2531).

¹⁵⁴ Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen, 23-06-2017 (BGBl. 2017 S. 1822).

2017 is aan de Tweede Kamer een wetsvoorstel aangeboden ter goedkeuring.¹⁵⁵ In Duitsland wordt een wetsvoorstel in de loop van 2018 verwacht.¹⁵⁶

- *Inklusive Framework on BEPS*. Momenteel zijn er meer dan honderd landen, waaronder Nederland en Duitsland aangesloten bij dit Framework. De landen hebben zich gecommitteerd aan de minimumstandaarden van het BEPS-project.
- *Global Forum on Transparency and exchange of Information for Tax Purposes*. Het Global Forum vervult een vergelijkbare rol met betrekking tot internationale afspraken die zijn gemaakt over gegevensuitwisseling.
- *EU black list*. Op 5 december 2017 heeft de Europese Commissie een zwarte lijst gepubliceerd van niet-coöperatieve jurisdicties op het gebied van belastingen. Tegen de niet-coöperatieve jurisdicties op de zwarte lijst komen op EU-niveau fiscale en niet-fiscale maatregelen en lidstaten kunnen zelf ook sancties instellen (bijvoorbeeld het invoeren van een bronbelasting op betalingen naar deze landen).

Uit paragraaf 2.3.1 is al gebleken dat Nederland van oudsher andere belangen heeft dan Duitsland als het gaat om het fiscale vestigingsklimaat. In Nederland ligt een belangrijke prioriteit bij het aantrekkelijk houden van het vestigingsklimaat. In Duitsland is dat wezenlijk anders. De focus ligt daar met name op het niet-verliezen van belastingopbrengsten.¹⁵⁷ Dit blijkt mijns inziens maar weer eens uit de op 23 februari 2018 gepubliceerde brief van de staatssecretaris over belastingontwijking en belastingontduiking en het op 7 februari 2018 gepubliceerde regeerakkoord van de nieuwe Duitse regering. De Nederlandse staatssecretaris laat weten aan de ene kant te streven naar een aantrekkelijk vestigingsklimaat voor het (reële) bedrijfsleven en wil aan de andere kant belastingontwijking en ontduiking tegengaan. In het Duitse regeerakkoord wordt met geen woord gerept over het vestigingsklimaat, maar wel expliciet over het tegengaan van *Steuerhinterziehung*, *Steuervermeidung* en *unfairen Steuerwettbewerb*.¹⁵⁸

De rechtsregels in de winstbelasting van lichamen werden of worden dus in Nederland en Duitsland mogelijk beïnvloed door internationale fiscale ontwikkelingen doordat aan de ene kant gezorgd moet worden dat wetgeving positief uitwerkt voor het vestigingsklimaat en aan de andere kant geen belastingontwijking door lichamen in de hand werkt. In Nederland zal wat meer de focus liggen op het aantrekkelijk houden van het vestigingsklimaat en in Duitsland op het voorkomen van belastingontwijking. Mijns inziens is dit een aspect waarmee ik rekening zal moeten houden bij de beoordeling of een Duitse rechtsregel in de winstbelasting van lichamen aanbevelenswaardig is voor de Nederlandse winstbelasting van lichamen.¹⁵⁹ Bij het beoordelen van de rechtsregels zal ik – als daar aanleiding voor is – ingaan op de overeenkomsten en verschillen ten aanzien van BEPS bepalingen. Dit punt komt terug in de internationale/Europese fiscale ontwikkelingentoets uit mijn toetsingskader. Een integrale toetsing of weergave van de verhouding tussen de desbetreffende Nederlandse en Duitse rechtsregels en internationale fiscale ontwikkelingen (zoals de voorgestelde BEPS bepalingen) valt buiten het bestek van mijn onderzoek.

¹⁵⁵ Voor een nadere uiteenzetting verwijs ik naar de volgende literatuur: G. Schmitz, Een doorbraak met het MLI? NTFR-B 2017/37; Q.W.J.C.H. Kok, Het tegengaan van verdragsmisbruik onder het multilaterale instrument, MBB 2017/04; R.A. Bosman, Formele aspecten van het multilateraal instrument, MBB 2017/04; H. Lohuis/A.J.A. Stevens, MLI Part Two: Hybrid mismatches, MBB 2017/04. Specifiek voor het Belastingverdrag tussen Nederland en Duitsland is het volgende artikel interessant van T. Engers/ T. Stevens/C. Hawlitschek, Auswirkungen des Multilateralen Instruments auf das DBA-Niederlande, IStR 1/2018, blz. 11-18.

¹⁵⁶ Zie EY Tax & Law Magazine, 3/2017, blz. 3.

¹⁵⁷ Zie ook A.C. Breuer/ A.J.A. Stevens, Fiscale ontwikkelingen in Duitsland, WFR 2016/3, paragraaf 9. Dit blijkt onder andere uit het Duitse standaardverdrag en het beleid ten aanzien van transfer-pricing, waarin in afwijking van OESO standaarden diverse antimisbruikbepalingen zijn opgenomen.

¹⁵⁸ Duitsland heeft op nationaal niveau al de nodige maatregelen genomen om belastingontwijking en ontduiking te voorkomen. Zie onder andere *Steuerumgehungsbekämpfungsgesetz*, 23-06-2017 (BGBl. I 2017, S. 1682).

¹⁵⁹ Vergelijk ook de toets "gevolgen voor het investeringsklimaat" die de NOB hanteert bij de reactie op wetsvoorstellen.

2.9 Het ontstaan en de toetsing van fiscale wetgeving

2.9.1 De wetgever

Belastingen mogen zowel in Nederland als in Duitsland alleen uit kracht van de wet worden geheven.¹⁶⁰ Wettelijke (fiscale) regelingen worden zowel in Nederland als Duitsland in principe opgesteld door de regering.¹⁶¹ Alvorens een wettelijke regeling in werking kan treden, vindt er in beide landen een democratisch parlementair proces plaats. In beide landen geldt dat de wet tot de verwezenlijking van de door de wetgever beoogde doelstellingen moet leiden en dat dit punt in de parlementaire stukken wordt toegelicht en bediscussieerd.¹⁶²

In zowel Nederland als Duitsland moet een wet eerst goedgekeurd worden door de meerderheid van regeringspartijen en de oppositie (in Nederland, de Tweede Kamer en in Duitsland de *Bundestag*). Vervolgens moet in Nederland de wet worden goedgekeurd door de Eerste Kamer, die een vetorecht heeft ten aanzien van het desbetreffende wetsvoorstel.¹⁶³ Dit in tegenstelling tot de *Bundesrat* (de Duitse Eerste Kamer, die alleen in bepaalde gevallen een vetorecht heeft).¹⁶⁴ In Nederland is het Ministerie van Financiën verantwoordelijk voor belastingen en ligt de uitvoering bij de Staatssecretaris van Financiën en zijn ambtenaren (de Belastingdienst). In Duitsland ligt de verantwoordelijkheid bij de *Bundesminister der Finanzen* van het *Bundesministerium der Finanzen* (BMF).¹⁶⁵ en wordt de uitvoering gedaan door *Bundesfinanzdirektionen*,¹⁶⁶ De verschillende deelstaten hebben alle hun eigen *Landesfinanzministerium* en *Oberfinanzdirektionen* voor de uitvoering van het belastingrecht en op gemeentelijke niveau zijn dat de lokale Belastingdiensten (*Finanzämter*).

In Nederland zijn criteria die de kwaliteit van wetgeving moeten waarborgen, vastgelegd in de nota Zicht op wetgeving. De nota handelt over de rechtsstatelijke en bestuurlijke kwaliteit van de wetgeving en betreft daarmee tevens de kwaliteit van de overheid en haar beleid in algemene zin.¹⁶⁷ Bij de beantwoording van de vraag of een voornemen voor nieuwe regelgeving noodzakelijk is en van de wijze waarop de regeling dient te worden ingericht, wordt in Nederland gelet op de kwaliteitseisen¹⁶⁸ rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen, doeltreffendheid en doelmatigheid, subsidiariteit en evenredigheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, onderlinge afstemming, eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid.

¹⁶⁰ Art. 104 Grondwet. Belastingheffing dient volgens het legaliteitsbeginsel (*Gesetzmässigkeit*) plaats te vinden op basis van publiekrechtelijke wetgeving. In Duitsland wordt dit *Vorbehalt des Gesetzes* genoemd. Dit blijkt volgens Hey niet expliciet uit de grondwet, maar kan onder andere wel afgeleid uit art. 2 I GG, art. 20 III GG. Op grond van het legaliteitsbeginsel is vereist dat zowel een ontstaansfeit (*Tatbestand*) als de gevolgen (*Rechtsfolge*) zijn vastgelegd. Zie J. Hey, in: Tipke/Lang²², *Steuerrecht*, §3, Rz.232.

¹⁶¹ Meestal is het de regering die een wetsvoorstel indient, maar ook leden van de Tweede Kamer kunnen het initiatief hiertoe nemen (een zogenoemd initiatiefvoorstel).

¹⁶² Fiscale wetten en besluiten worden in Nederland in de Staatscourant gepubliceerd en in Duitsland in het *Bundessteuerblatt Teil I*.

¹⁶³ De Eerste Kamer kan een wetsvoorstel niet meer wijzigen. Formeel kan de Kamer het wetsvoorstel alleen aannemen of verwerpen. In de praktijk zijn er een aantal middelen (novelle, toezeggingen, moties) om invloed uit te oefenen om het wetsvoorstel aangepast te krijgen. Zie www.eerstekamer.nl.

¹⁶⁴ Zie hieromtrent www.bundesrat.de, onder "Aufgaben".

¹⁶⁵ Het *Bundeszentralamt für Steuern* is verantwoordelijk voor enkele centraal uit te voeren taken, zoals de de teruggaaf van bronbelastingen (belastingverdragenaangelegenheden) en omzetbelasting.

¹⁶⁶ Voor een overzicht van de organisatie en verantwoordelijkheden van de overheid op het gebied van belastingen verwijs ik naar R. Seer, in Tipke/Lang²², *Steuerrecht*, §2, Rz.80 en §21, Rz.30-41.

¹⁶⁷ Nota Zicht op wetgeving 1991, Kamerstukken II, 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2, blz.1.

¹⁶⁸ Nota Zicht op wetgeving 1991, Kamerstukken II, 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2, blz. 8 en 23. Voor een uitwerking en toelichting verwijs ik naar blz. 23 t/m 30 van de genoemde kamerstukken.

Bij de totstandkoming van wetgeving vindt een interne beoordeling van bovenstaande kwaliteitseisen plaats door de Directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie.¹⁶⁹ Op hoofdlijnen kan gesteld worden dat daarnaast in Nederland de Raad van State, de Eerste Kamer, de rechterlijke macht en de wetenschap beoordelen of de (voorgestelde) wetgeving verzekerd is van voldoende kwaliteit. Voor mijn onderzoek heb ik de toetsen van de Raad van State, de kwaliteitseisen uit de nota Zicht op wetgeving en het aspect over het fiscale vestigingsklimaat van de NOB als uitgangspunt genomen voor het toetsen van de Nederlandse rechtsregels en discussiepunten en of de de vergelijkbare Duitse rechtsregels aanbevelenswaardig zijn voor de Nederlandse vennootschapsbelasting (zie ook hoofdstuk 1.3.2.4).

Zoals uit hoofdstuk 2.9.2 zal blijken, kan fiscale wetgeving in Duitsland getoetst worden aan de grondwet. Bij de totstandkoming van de wetgeving zal de wetgever er dus rekening mee moeten houden dat deze de grondwettelijke toets moet kunnen doorstaan. Eén van de belangrijkste kwaliteitstoetsen in Duitsland vormen de grondwettelijke beginselen *Bestimmtheit* en *Normenklarheit* (vergelijkbaar met de eisen van eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid uit de nota Zicht op wetgeving). *Bestimmtheit* betekent dat wettelijke regels nauwkeurig moeten worden geformuleerd en *Normenklarheit* verlangt dat wettelijke regels duidelijk en niet tegenstrijdig zijn.¹⁷⁰

Zowel in Nederland als Duitsland vormen rechtsbeginselen het morele hart van het belastingrecht en fiscale wetten worden dan ook vaak getoetst aan rechtsbeginselen. Zonder uitpuittend te willen zijn, spelen in Nederland algemene beginselen zoals het legaliteitsbeginsel, gelijkheidsbeginsel en vertrouwensbeginsel een grote rol. Specifiek voor het belastingrecht zijn daarnaast het draagkrachtsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel van groot belang.¹⁷¹ In Duitsland spelen dezelfde beginselen een rol. Hey maakt een onderverdeling in systeemdragende beginselen van het belastingrecht en grondwettelijke sub-beginselen.¹⁷² Met eerstgenoemde beginselen bedoelt ze het legaliteitsbeginsel (*Legalitätsprinzip*), gelijkheidsbeginsel (*Gleichheitsprinzip*), evenredigheidsbeginsel (*Übermaßverbot*) en *Sozialstaatsprinzip*. Deze beginselen worden volgens haar ten aanzien van het belastingrecht specifiek geconcretiseerd in het draagkrachtbeginsel (*Leistungsfähigkeitsprinzip*).¹⁷³ Met de als tweede soort genoemde beginselen bedoelt Hey beginselen zoals het wereldinkomenprincipe (*Welteinkommensprinzip* of *Universalitätsprinzip*), totaliteitsbeginsel (*Totalitätsprinzip*), het beginsel van individuele belastingheffing (*Prinzip der Individualbesteuerung*), en het beginsel van het *objectives Nettoprinzip*. Daarnaast wordt wetgeving in Duitsland vaak getoetst aan het neutraliteitsbeginsel (financieringsneutraliteit, *Finanzierungsneutralität* en rechtsvormneutraliteit, *Rechtsformneutralität*). In de hoofdstukken hierna zullen diverse van bovenstaande beginselen de revue passeren en indien nodig, aldaar verder worden toegelicht.

Uit het bovenstaande blijkt mijns inziens dat fiscale wetten in beide landen democratisch tot stand komen, waarbij de nodige kwaliteitseisen worden gesteld aan de wetgeving. In dit onderzoek werk ik de verschillen en overeenkomsten in de kwaliteitseisen voor wetgeving in Nederland en Duitsland niet expliciet nader uit. Ik ga niet in op de vraag of de huidige, hierboven genoemde, kwaliteitseisen wel de juiste maatstaf vormen voor het toetsen van de kwaliteit van fiscale wetgeving, welke spanningsvelden er zijn en op welke manier het toetsen van kwaliteit van wetgeving mogelijk verbeterd kan worden. Ook ga ik niet in op de vraag of de kwaliteitseisen in de uitvoering in beide

¹⁶⁹ Aanwijzingen voor de regelgeving, Circulaire van de Minister-president van 18 november 1992, Stcrt. 1992, 230, aanwijzing 254.

¹⁷⁰ Zie R.L.G. van den Heuvel, Kan Duitse jurisprudentie bijdragen aan de invulling van ons beginsel van eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid? WFR 2011/1667, waarin de auteur verwijst naar C. Jehke, *Bestimmtheit und Klarheit im Steuerrecht*, Berlin: 2005, blz. 30.

¹⁷¹ J.L.M. Gribnau, Belastingrecht en rechtsbeginselen, SDU Bijdragen aan een rechtvaardige belastingheffing 2007/31/03.

¹⁷² J. Hey in Tipke/Lang²², *Steuerrecht*, §3, Rz.13.

¹⁷³ Voor een uiteenzetting van de beginselen zie ook J. Lang, *Steuergerechtigkeit*, StuW 2/2016, blz. 104, 105.

landen wel worden nageleefd.¹⁷⁴ Zoals in hoofdstuk 1.3.2 is toegelicht, toets ik diverse discussiepunten in de Nederlandse vennootschapsbelasting impliciet aan de kwaliteitseisen van de nota Zicht op wetgeving (als onderdeel van de fiscaal-beleidsanalytische, fiscaal-juridische en fiscaal-wetstechnische toets uit mijn toetsingskader) en onderzoek ik vervolgens of een vergelijkbare Duitse rechtsregels deze kwaliteitseisen minstens net zo goed doorstaat. Aangezien in beide landen wetten democratisch tot stand komen en aan bepaalde kwaliteitseisen moeten voldoen, ga ik er in mijn onderzoek van uit dat het in ieder geval mogelijk zou moeten zijn een Duitse wettelijke rechtsregel in de Nederlandse vennootschapsbelasting in te passen.

2.9.2 De rechterlijke macht

De beoordeling van (de kwaliteit) van wetgeving en de uitleg van het recht vindt in zowel Nederland als Duitsland ook (impliciet) door de rechter plaats. In Nederland wordt een fiscaal geschil tussen belastingplichtige en Belastingdienst in eerste aanleg voorgelegd aan de rechtbank. Vervolgens bestaat de mogelijkheid dat een gerechtshof in tweede aanleg naar de desbetreffende zaak kijkt. In hoger beroep staat dan nog de mogelijkheid open om het principiële geschil (als het een rechtsvraag betreft) voor te leggen aan de Hoge Raad. In Duitsland zien we een tweetrapse rechtsgang.¹⁷⁵ In eerste aanleg wordt een fiscaal geschil voorgelegd aan een *Finanzgericht*, die over de feiten (*Tatsacheninstanz*) een beslissing neemt. Vervolgens is hoger beroep mogelijk bij het *Bundesfinanzhof (BFH)*, dat uitsluitend ingaat op de rechtsvraag (*Rechtsmittelinstanz*) en bezwaren tegen de in eerste instantie genomen beslissingen van het *Finanzgericht*.¹⁷⁶ Voor EU-rechtelijke kwesties kunnen in beide landen prejudiciële vragen gesteld worden aan het Europese Hof van Justitie. Uit bovenstaande blijkt dat in beide landen belastingwetgeving ook beoordeeld wordt door belastingrechters. Afhankelijk van de rechtsvindingsmethode en grammaticale, wetshistorische, wetsystematische of theologische uitlegging van de rechtsregels kan dit tot verschillende fiscale uitkomsten en/of rechtsontwikkelingen leiden in beide landen.¹⁷⁷ In dit onderzoek werk ik de verschillen en overeenkomsten tussen de Nederlandse en Duitse belastingrechters (belastingkamers) niet nader uit en ga ik ook niet (systematisch) in op de manier en kwaliteit van rechtsvinding in beide landen.¹⁷⁸ Wel sta ik stil bij het verschil tussen Nederland en Duitsland wat betreft de mogelijkheid om rechterlijk te toetsen aan de grondwet en aan algemene rechtsbeginselen. In tegenstelling tot Nederland kan dit in Duitsland wel.

2.9.2.1 Toetsen aan de grondwet en beginselen

In Nederland mag de rechter wetgeving in formele zin op grond van het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet niet toetsen aan de Grondwet.¹⁷⁹ De Hoge Raad heeft in het zogenoemde Harmonisatiewet-arrest beslist dat dit ook geldt voor toetsing aan de algemene rechtsbeginselen.¹⁸⁰ In het verleden is er wel voorgesteld toetsing van wetgeving in formele zin aan de in de Grondwet opgenomen klassieke grondrechten mogelijk te maken, maar tot op heden is dit wetsvoorstel niet

¹⁷⁴ In literatuur wordt er bijvoorbeeld op gewezen dat wetgeving niet altijd meer voldoet aan de kwaliteitsnormen als gevolg van de snelheid van het wetgevingsproces, zie bijvoorbeeld recentelijk het jaarverslag 2015 van de Raad van State, hoofdstuk 1 en R.B. Vos, Het negentiende LOF-congres: De kwaliteit van fiscale wetgeving, WFR 2003/1875, paragraaf 2 en P.J.M. Bongaarts, Weimar 2007: Verwaltungsrichterstag, TFB 2007/06/04, paragraaf 2. Zie hierover ook uitgebreid J. Hey in Tipke/Lang²², *Steuerrecht*, §3, Rz.8

¹⁷⁵ Voor een nadere uiteenzetting zie R. Seer in Tipke/Lang²², *Steuerrecht*, §22, Rz.60 e.v.

¹⁷⁶ De jurisprudentie van het *Bundesfinanzhof* is gepubliceerd in *Bundessteuerblatt Teil II*. De jurisprudentie van *Finanzgerichte* is gepubliceerd in *Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG)*.

¹⁷⁷ Zie hierover uitgebreid J. Englisch in Tipke/Lang²², *Steuerrecht*, §5, Rz.46-94.

¹⁷⁸ Als blijkt dat een verschil in de Duitse rechtsregel ten opzichte van de vergelijkbare Nederlandse rechtsregel te verklaren is door een verschillende rechtsvindingsmethode of uitlegging door de Nederlandse of Duitse rechter zal ik dat uiteraard wel bij de desbetreffende rechtsregel behandelen.

¹⁷⁹ Voor een heldere uiteenzetting en de laatste stand van zaken omtrent de mogelijkheid van constitutionele toetsing verwijs ik naar C. Bruijsten, Waar blijft de constitutionele toetsing? WFR 2017/169.

¹⁸⁰ HR 14 april 1989, NJ 1989/469. Op 21 februari 2014 concludeerde Advocaat-Generaal Niessen dat dit arrest niet achterhaald is (BNB 2014/97).

aangenomen.¹⁸¹ Stel dat het wetsvoorstel zou worden aangenomen, dan gaat deze wet volgens Van der Geld echter niet ver genoeg, omdat toetsing aan enkele klassieke grondrechten nu ook al plaatsvindt via internationale verdragen (art. 26 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR), art. 14 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM) en art. 1, twaalfde protocol EVRM, of art. 1, eerste Protocol EVRM).¹⁸² De mogelijkheid om te toetsen aan de internationale verdragen volgt uit art. 93 en 94 Grondwet, waarin nationale wettelijke voorschriften buiten toepassing worden gelaten als toepassing niet verenigbaar is met rechtstreeks werkende volkenrechtelijke bepalingen.¹⁸³ Aangezien wetten in formele zin niet mogen worden getoetst aan de Grondwet, roepen belastingplichtigen de hulp van internationale verdragen in. Het beroep op, met name, het EVRM wordt echter door de Hoge Raad vrijwel altijd¹⁸⁴ afgewezen.¹⁸⁵ Van der Hulle en Niessen¹⁸⁶ geven aan dat uit de internationale verdragen blijkt dat de belastingwetgever een ruime beoordelingsvrijheid toekomt. Dit heeft tot gevolg dat de belastingrechter bij de toetsing van belastingwetgeving aan het discriminatieverbod en het eigendomsrecht zeer terughoudend is. Albert geeft het mijns inziens treffend weer door de toetsing aan art. 14 EVRM en art. 26 IVBPR krachteloos te noemen. Hij geeft aan dat dit komt doordat de Hoge Raad de wetgever een ruime beoordelingsvrijheid geeft bij het beantwoorden van de vraag of gevallen voor de toepassing van de betwiste wettelijke bepaling als gelijk moeten worden beschouwd. En als ze als gelijk moeten worden beschouwd, geeft de Hoge Raad de wetgever vervolgens een ruime beoordelingsvrijheid bij de vraag of er een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat om die gevallen niettemin verschillend te regelen.¹⁸⁷ Daarmee hebben mijns inziens in Nederland primair de Raad van State, de Eerste Kamer en de wetenschap een (belangrijke) rol van betekenis om nog enigszins tegenwicht te bieden als wetgeving mogelijk dreigt in te druisen tegen algemene rechtsbeginselen.¹⁸⁸

In Duitsland kunnen wetten wel getoetst worden aan de grondwet en algemene rechtsbeginselen.¹⁸⁹ Er is hiervoor zelfs een constitutioneel hof (*Verfassungsgericht*) dat zich enkel en alleen met deze toetsing bezighoudt. In de verschillende hoofdstukken komt bijvoorbeeld aan de orde dat het *Bundesverfassungsgericht* regelgeving heeft getoetst aan het *objektive Nettoprinzip*. Het houdt in dat kosten die verband houden met een inkomensbron in aftrek moeten worden toegestaan.¹⁹⁰ Lang geeft aan een inbreuk op het *Nettoprinzip* een bijzondere, zakelijke en gerechtvaardigde reden behoeft, aangezien het *Nettoprinzip* een concretisering is van het draagkrachtbeginsel (dat op zijn

¹⁸¹ Dit voorstel kwam van voormalig Tweede Kamerlid Halsema. Zie voor het wetsvoorstel Kamerstukken II, 2001-2002, 28331, nr. 2 en Kamerstukken II, 2009-2010, 32 334, nr. 2. De laatste stand van zaken is dat de voortzetting in overleg met de initiatiefnemer, zijnde het lid van Tongeren, wordt gepland (zie langetermijnagenda week 14, 2016).

¹⁸² J.A.G. van der Geld, Constitutionele toetsing, ook fiscaal van belang, WFR 2002/1035. Volgens hem zou ook getoetst moeten kunnen worden aan (al dan niet in de grondwet opgenomen) algemene rechtsbeginselen.

¹⁸³ Zie ook C.B. Schutte, De stille kracht van de Nederlandse grondwet, RM Themis 2003/1, paragraaf 1.

¹⁸⁴ Vrij recentelijk is bij uitzondering een beroep op art. 8 EVRM door de Hoge Raad gehonoreerd. In desbetreffende zaak besliste de Hoge Raad dat de Belastingdienst niet bevoegd is gebruik te maken van politiecamera's (Automatic Number Plate Recognition (ANPR)) om gegevens te verzamelen voor de controle van rittenadministraties en te gebruiken bij het opleggen van een (naheffings)aanslag.

¹⁸⁵ In gelijke zin E.J.W. Heithuis, Het EHRM als panacee??, WFR 2014/544.

¹⁸⁶ Zie R. van der Hulle, de ruime beoordelingsvrijheid voor de belastingwetgever: een onneembare horde?, MBB 2015/9, paragraaf 1 en R.E.C.M. Niessen, de rechter moet toch toetsen, NTFR 2015/1154. Dit blijkt mijns inziens ook uit de uitspraken van Hoge Raad en Rechtbanken dat de vermogensrendementsheffing (box 3 van de inkomstenbelasting) niet in strijd is met het recht op ongestoord genot van eigendom van artikel 1 Eerste Protocol EVRM.

¹⁸⁷ P.G.H. Albert, Appels en peren of fruit en fruit?, NTFR 2018/309.

¹⁸⁸ In gelijke zin J.A.G. van der Geld, Constitutionele toetsing, ook fiscaal van belang, WFR 2002/1035.

¹⁸⁹ Zie hierover ook R.L.G. van den Heuvel, Kan Duitse jurisprudentie bijdragen aan de invulling van ons beginsel van eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid? WFR 2011/1667.

¹⁹⁰ Zie voor de toetsing aan het draagkrachtsbeginsel door het *Bundesverfassungsgericht* uitgebreid, M. Desens, Verwirklichung des Leistungsfähigkeitsprinzips durch das BVerfG, StuW 3/2016, blz. 240 ev.

beurt geacht wordt voort te vloeien uit het gelijkheidsbeginsel).¹⁹¹ In Duitsland zijn diverse inbreuken op het *objektive Nettoprinzip* voorgelegd aan (en getoetst aan de grondwet door) het *Bundesverfassungsgericht*.¹⁹² Daaruit is onder meer op te maken dat de wetgever in beginsel een zekere wetgevingsvrijheid toekomt¹⁹³, maar dat (alleen) bij bestaande belangrijke redenen generale, of forfaitaire rechtsregels gehanteerd mogen worden en dat ongelijke belastingen niet vanuit budgettaire overwegingen gerechtvaardigd zijn.¹⁹⁴ Met andere woorden: alleen budgettaire overwegingen kunnen een inbreuk maken op het principe en daarmee het draagkrachtbeginsel niet rechtvaardigen.

Een ander beginsel dat in mijn onderzoek een paar keer voor zal komen en waaraan het *Bundesverfassungsgericht* heeft getoetst, is het *Trennungsprinzip*. Dit principe houdt in dat ieder (juridisch) persoon zelfstandig belastingplichtig is. Een inbreuk op dit principe is volgens het *Bundesverfassungsgericht* alleen toegestaan als dit niet leidt tot onlogisch, inconsequent, willekeurig handelen van de staat (dit wordt ook wel het *Gebot der Folgerichtigkeit* genoemd). Een uitzondering geldt als het om een systematische wetswijziging gaat. Ook het voorkomen van misbruik kan volgens het *Bundesverfassungsgericht* als rechtvaardigingsgrond dienen om een inbreuk te maken op het *Trennungsprinzip*.¹⁹⁵ Bovenstaande beginselen zullen in de desbetreffende hoofdstukken nader worden besproken.

Het feit dat er in Duitsland een aparte institutionele rechter verantwoordelijk is voor toetsing aan de grondwet maakt dat de toetsing ook minder terughoudend zal plaatsvinden. In Nederland zal toetsing van enkele klassieke grondrechten aan internationale verdragen uiteraard ook serieus genomen worden. Uit de tot op heden gewezen jurisprudentie blijkt mijns inziens echter dat de Nederlandse rechter daarin wat terughoudender is (geen ruimte ziet), in tegenstelling tot de Duitse institutionele rechter, waar de genoemde toetsing een veel prominenter plaats inneemt.¹⁹⁶ Bovenstaande in overweging nemende zou wat mij betreft constitutionele toetsing van fiscale regels in Nederland aanbevelenswaardig zijn. In de huidige situatie ziet de Hoge Raad blijkbaar weinig ruimte om te kunnen toetsen aan internationale verdragen. De mogelijkheid van een grondwettelijke toetsing zorgt er mogelijk voor dat de Hoge Raad deze ruimte wel ziet, met als gevolg dat de Nederlandse wetgever alerter (dan nu het geval is) zal moeten zijn bij het opstellen of wijzigen van belastingwetten. Opvallend vind ik overigens dat er in Duitsland ook kritiek is op het functioneren van het *Bundesverfassungsgericht*. Het in Karlsruhe gevestigde *Gericht* zou politiek gezien teveel invloed hebben. Niet alleen zou over politieke zaken beslist worden, maar de rechtbank wordt

¹⁹¹ J. Lang in Tipke/Lang¹⁹, Steuerrecht, §9, Rz.55. Van der Hurk & Ubachs geven in gelijke zin aan dat dit beginsel inhoudt dat een belastingplichtige in principe belast wordt op basis van zijn nettowinst en dat het beginsel voortvloeit uit het gelijkheidsbeginsel van art. 3 van de Duitse Grondwet. Zij wijzen er op dat het *Bundesverfassungsgericht* het gelijkheidsbeginsel in het fiscale recht zo uitlegt dat belastingplichtigen gelijk behandeld dienen te worden, rekening houdend met hun draagkracht. H.T.P.M. van der Hurk/ S.J.P. Ubachs, De EBITDA regel binnen OESO en EU-verband, een verstandige keus? (deel II), WFR 2016/238, paragraaf 2.1

¹⁹² Zie omtrent de mogelijkheid tot grondwettelijke toetsing in Nederland en Duitsland hoofdstuk 2.9.2.1.

¹⁹³ R. Eckhoff, Steuergerechtigkeit als verfassungsrechtliches und als steuerpolitisches Argument, StuW 3/2016, blz. 210-212.

¹⁹⁴ J. Lang in Tipke/Lang¹⁹, Steuerrecht, §9, Rz.55. Zie voetnoot 27 en 28.

¹⁹⁵ J. Böhmer, Das Trennungsprinzip im Körperschaftsteuerrecht - Grundsatz ohne Zukunft? StuW 1/2012, blz. 36-42.

¹⁹⁶ Ik kan dat niet empirisch onderbouwen en merk op dat het een intuïtieve gedachte is. Wel kan ik op het voorbeeld wijzen over de discussie over de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in het licht van het gelijkheidsbeginsel (discriminatieverbod) die zowel in Nederland als Duitsland speelde. In Nederland besliste de Hoge Raad dat er geen strijd was (Rechtbank Breda 13 juli 2012, 11/5509, V-N 2012/43.20 en HR 22 november 2013, 13/01622, BNB 2014/30, HR 22 november 2013, 13/02453, BNB 2014/31). In Duitsland kwam het *Bundesverfassungsgericht* wel tot de beslissing dat sommige delen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit (voordelen voor het MKB) in strijd waren met de grondwet. De erfbelasting is in Duitsland per 1 juli 2016 op dit punt gewijzigd.

verweten ook zelf politiek te bedrijven.¹⁹⁷ Het *Bundesverfassungsgericht* geeft zelf aan geen politiek orgaan te zijn, maar wel politieke invloed te hebben. Dit is volgens het *Gericht* het gevolg van een beslissing dat een wet in strijd is met de grondwet.

Wat er ook van zij, in ieder geval ga ik er voor mijn onderzoek vanuit dat de kwaliteit van wetgeving in Duitsland minstens zo goed is als in Nederland. Het aspect dat in Duitsland getoetst kan worden aan de grondwet, komt in mijn toetsingskader terug bij de fiscaal-juridische toets. Deze toets houdt onder meer in dat de Duitse rechtsregel in vergelijking met de Nederlandse rechtsregel minstens net zo veel recht moet doen aan het internationale recht, EU-recht en ontwikkelingen, *de grondwet en algemene (fiscale) rechtsbeginselen*.

2.10 De uitvoering van fiscale wetgeving

2.10.1 Belastingdienst versus Finanzverwaltung

Zowel de Nederlandse Belastingdienst als het Duitse *Finanzverwaltung* staat over het algemeen bekend als een kwalitatief hoogwaardige en betrouwbare instantie die toeziet op de uitvoering en naleving van de fiscale rechtsregels in Nederland en Duitsland. Wel moet gezegd worden dat de Nederlandse Belastingdienst in de laatste jaren een paar keer flink negatief in het nieuws is gekomen met bijvoorbeeld een veel te ruime vertrekregeling die leidde tot een ongecontroleerde uitstroom van medewerkers.¹⁹⁸ De Algemene Rekenkamer bracht dat vrij recentelijk nog onder woorden in een tussentijdse rapportage (met datum 11 oktober 2017) over de zogeheten Investeringsagenda van de Belastingdienst. “Er is minder geld uitgegeven dan beschikbaar was, meer personeel uitgestroomd dan gepland en de bestedingen voor projecten om de processen en het functioneren van de Belastingdienst te veranderen blijven achter. Bijna 60% van de geplande projecten voor de Investeringsagenda is vertraagd of geannuleerd. Beter inzicht in de kosten en baten is gewenst, maar nog niet gegarandeerd”, vindt de Rekenkamer.¹⁹⁹

Brenninkmeijer omschrijft de Belastingdienst als het instituut voor herverdeling van inkomens van de staat met een complex aan wettelijke maatregelen als sturingsmechanisme.²⁰⁰ Zowel de Nederlandse Belastingdienst als de Duitse *Finanzverwaltung* heeft te maken met een dynamische werkomgeving. In deze tijd worden werkprocessen mede bepaald door maatschappelijke trends zoals, mondialisering, informatisering, digitalisering²⁰¹, vergrijzing en individualisering. Volgens Stevens houdt de wetgever onvoldoende rekening met de uitvoerbaarheid, waardoor de door de maatschappelijke trends opgeroepen uitvoeringslasten extra worden verzwaard.²⁰² De massaliteit van de werkprocessen van de Belastingdienst staat volgens hem bij voortduring op gespannen voet

¹⁹⁷ Zie hierover bijvoorbeeld *Der Tagesspiegel*, 4 maart 2013, “*Die Überpolitiker aus Karlsruhe*” en *Zeitonline*, 19 april 2015, “*Lammert will Einfluss der Karlsruher Richter eindämmen*”.

¹⁹⁸ Vergelijk R. Taha, WFR fiscaal café 2017: De 100 dagen-brief van de DG Belastingdienst: het (toezicht) beleid van de Belastingdienst, WFR 2018/11.

¹⁹⁹ Rapport “Tussenstand Investeringsagenda Belastingdienst” 11 oktober 2017. Voor de mogelijke gevolgen voor het proces “vooroverleg” zie W.E. Nent, Vooroverleg; uitstervende hoeksteen van fiscaal uitvoeringsbeleid, NTFR 2017/2503.

²⁰⁰ A.F.M. Brenninkmeijer (nationale ombudsman), Belastingdienst in evenwicht met de burger, WFR 2013/578, paragraaf 1.

²⁰¹ Rabenort wijst op de trend waarbij de fiscale autoriteiten wereldwijd op hoog tempo digitaliseren op weg zijn naar een werkwijze die draait om verzamelen en analyseren van data. Hij wijst op het belang van deze trend en dat deze trend in Nederland tot nog toe weinig aandacht krijgt. M. Rabenort, Digitale Fiscale Autoriteiten veroorzaken een revolutie in de fiscale praktijk, WFR 2017/116.

²⁰² L.G.M. Stevens, Hoe beschermen we op termijn de kernwaarden van belastingheffing, WFR 2013/587, paragraaf 10.

met de behoefte aan maatwerk.²⁰³ Dit zal ongetwijfeld ook gelden voor de Duitse *Finanzverwaltung*.²⁰⁴

Een verschil tussen de Nederlandse en Duitse Belastingdienst – dat ik met name op grond van praktijkervaring vaststel – is de relatief makkelijkere toegankelijkheid van de Nederlandse Belastingdienst²⁰⁵ ten opzichte van het meer afstandelijke Duitse *Finanzverwaltung*. Het is ook geen publiek geheim dat in Nederland de belastingplichtigen (dan heb ik met name over vermogende particulieren en grote ondernemingen) door de Belastingdienst als klanten worden gezien²⁰⁶ en dat een “klantcoördinator” ervoor moet zorgen dat de belastingplichtige door het hebben van één aanspreekpunt bij de Belastingdienst zich zo comfortabel mogelijk voelt. Deze persoonlijke benadering is er bij de *Finanzverwaltung* in beduidend mindere mate. Dit blijkt ook uit een onderzoek van Allen & Overy. Op een vraag in welk land de Belastingdienst als “redelijk” (*reasonable*) wordt ervaren antwoordde 76% van de ondervraagde ondernemingen “Nederland” en vrijwel als laatste met een percentage van 16 “Duitsland”.²⁰⁷

De Europese Commissie heeft in juni 2017 nieuwe transparantieregels (zogenoemde *Mandatory Disclosure*) voorgesteld voor intermediairs – waaronder belastingadviseurs, accountants, banken en advocaten – die cliënten adviseren op het gebied van grensoverschrijdende belastingplanning. Op grond van de voorgestelde regels dienen grensoverschrijdende belastingconstructies met bepaalde “wezenskenmerken”, die tot inkomensverlies voor nationale overheden kunnen leiden, automatisch gemeld te worden bij de nationale belastingautoriteiten van de EU-lidstaten. De EU-lidstaten zullen de ontvangen gegevens vervolgens automatisch met elkaar uitwisselen. In de praktijk is deze voorgestelde richtlijn met scepsis ontvangen gezien met name de enorme reikwijdte van de richtlijn.²⁰⁸ De richtlijn zal mogelijk zowel in Duitsland als Nederland impact hebben op de relatie tussen belastingplichtigen (en adviseurs) en de Belastingdienst, respectievelijk de *Finanzverwaltung*.

Naast deze internationale ontwikkeling heeft de Nederlandse wetgever op 20 juli 2017 door middel van een internetconsultatie het concept van de Wet aanpak belastingontduiking en een beleidsdocument over de bekendmaking van vergrijpboeten gepubliceerd. Dit laatste document gaat over de voorgenomen maatregel om vergrijpboeten die juridische beroepsbeoefenaren zijn opgelegd, openbaar te maken.²⁰⁹ Uit de brief van 23 februari 2018 over belastingontwijking en ontduiking blijkt dat de nieuwe regering nog steeds achter deze aanpak staat en dat fiscale wetgeving hieromtrent in het Belastingplan 2019 kan worden verwacht. Mijns inziens merkt Barnard terecht op dat er sprake lijkt te zijn van een verharding tussen de belastingplichtige en de (Nederlandse) Belastingdienst.²¹⁰

²⁰³ Opmerkelijk vond ik de schets van Theo van Poolen die denkt dat in 2020 tot het inkomensbegrip slechts die inkomensbestanddelen worden gerekend, die via digitale contra-informatie af te dekken zijn, L. van Tilburg, De fiscalist 4.0 hoe past de fiscalist in de wereld van big data, risicomanagement en maatschappelijk verantwoord ondernemen, WFR 2016/79.

²⁰⁴ Voor een uiteenzetting zie E. Huber / R. Seer, *Steuerverwaltung im 21. Jahrhundert: Risikomanagement und Compliance*, StuW 4/2007, blz. 355-371. Voor een overzicht van de organisatie en verantwoordelijkheden van de *Finanzbehörden* verwijs ik naar Seer in Tipke/Lang¹⁹, *Steuerrecht*, §21, Rz. 30-41.

²⁰⁵ Dit wordt ook bevestigd door een door de NOB ingesteld onderzoek naar “de relatie met de belastingdienst (2011, 2013, 2016)”. http://2013.nobjaarverslag.net/verslag/a1004_Communicatie-met-Belastingdienst-moet-beter

²⁰⁶ In gelijke zin W. van Hoeflaken, *Verslag symposium VHMf*, WFR 2013/606, paragraaf 1.

²⁰⁷ Onderzoek Allen & Overy, *Global tax practice, negotiating the minefield: managing tax risks in challenging times*, January 2017, blz. 14.

²⁰⁸ Zie bijvoorbeeld Taxlive 27 juni 2017: plan om fiscale structuren te melden is onhoudbaar voor belastingadviespraktijk.

²⁰⁹ Voor een kritische beschouwing hierover zie J.P. Boer, *Consultatie Maatregelen aanpak belastingontduiking; een consultatie die vragen oproept*, NTFR 2017/2098.

²¹⁰ F.G. Barnard, *Veranderingen in de relatie Belastingdienst - belastingplichtige: is er sprake van verharding?* TFB 2017/6/60714.

De verharding komt denk ik met name door de in hoofdstuk 2.4.2 en 2.8 geschetste "leaks" en de discussie over belastingontwijking.

2.10.2 Horizontaal toezicht versus Zeitnahe Betriebsprüfung

Een ontwikkeling die ook van invloed kan zijn op de winstbelasting van lichamen in Nederland is het in 2005 geïntroduceerde concept van horizontaal toezicht.²¹¹ Kort gezegd, betekent dit concept een samenwerkingsovereenkomst (convenant) tussen de belastingplichtige en de Belastingdienst gebaseerd op wederzijds vertrouwen.²¹² Deels inhakend op de ontwikkelingen omtrent corporate governance (zie ook hoofdstuk 2.4.1) heeft ook de Nederlandse Belastingdienst getracht zijn benadering richting ondernemingen te veranderen. De gedachte is dat de Belastingdienst een belastingplichtige minder hoeft te controleren, als vanuit een andere hoek (corporate governance) de onderneming ook al geacht wordt fiscaal "in control" te zijn en verantwoording moet afleggen. Volgens de Staatssecretaris van Financiën is horizontaal toezicht *"een open relatie met de Belastingdienst waarin er over fiscale kwesties snel zekerheid kan worden geboden. Hierdoor kan er zoveel mogelijk in de actualiteit worden gewerkt waardoor de controles achteraf minder intensief hoeven te zijn."*²¹³ Belastingplichtigen hebben de plicht om de fiscus tijdig te informeren over fiscale plannen en risico's. In ruil daarvoor krijgen zij vrijwel direct antwoord en daarmee zekerheid. Eén van de belangrijkste aspecten bij horizontaal toezicht is dat de belastingplichtige een zogenoemd tax control framework moet kunnen overleggen.²¹⁴ Daarmee laat de belastingplichtige zien "in control" te zijn en worden de controletaken van de Belastingdienst (deels) overgenomen. Op 26 juni 2017 is er een rapport verschenen met daarin onderzoeksresultaten van horizontaal toezicht bij grote ondernemingen.²¹⁵ Volgens de staatssecretaris leiden de bevindingen tot de conclusie dat individuele klantbehandeling, en horizontaal toezicht als onderdeel daarvan, een waardevolle vorm van toezicht is op grote organisaties. De Groot is kritischer en concludeert dat de beleidsverwachtingen inzake het horizontaal toezicht niet daadwerkelijk zijn gerealiseerd.²¹⁶

Interessant vind ik de gedachte van Essers die opmerkt dat horizontaal toezicht er toe zal leiden dat belastingplichtigen en hun adviseurs minder aan fiscale grensverkenning zullen doen. Dit zal er toe kunnen leiden (of kunnen hebben geleid) dat er minder procedures gevoerd zullen worden en er meer vooroverleg zal plaatsvinden tussen de belastingplichtige en de Belastingdienst. Daardoor zal ook de positie van de belastingrechter beïnvloed kunnen worden. Door minder fiscale procedures komt waarschijnlijk de interpretatieve functie van de rechter minder tot haar recht en krijgt de wetgever daardoor minder signalen over het functioneren van de wetgeving in de praktijk en over de noodzaak om wetswijzigingen aan te brengen.²¹⁷ Dit gevolg zou van invloed kunnen zijn als ik de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid (als onderdeel van de fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader) van de verschillende Duitse en Nederlandse rechtsregels met elkaar vergelijk..

In Duitsland is de samenwerking tussen de *Finanzverwaltung* en de belastingplichtige niet zo vergaand als in Nederland. Duitsland kent geen horizontaal toezicht traject en uit onderzoek van

²¹¹ In dezelfde zin W. Nijssen, Invloeden op de vennootschapsbelasting, WFR 2012/63, paragraaf 2. Essers noemt de introductie van horizontaal toezicht zelfs een stille revolutie. P.H.J. Essers, Horizontaal Toezicht: een stille revolutie, WFR 2008/3.

²¹² Zie over de rol van "vertrouwen" binnen belastingheffing A.K.J.M. van Steenberghe, Conferentie 'Tax and Trust', WFR 2018/16.

²¹³ Brief Staatssecretaris van Financiën van 12 april 2007, nr. DGB2007-1685, V-N 2007/20.4.

²¹⁴ Het belang en het kunnen laten zien van "in control zijn" is de laatste decennia in brede zin toegenomen (met andere woorden geldt het ook in gevallen van verticaal toezicht). Zie ook uitgebreid hoofdstuk 2.4.1 over corporate governance.

²¹⁵ Brief van de staatssecretaris van Financiën van 27 juni 2017, nr. 2017-0000124416, V-N 2017/39.5.

²¹⁶ F.C. de Groot, Het rapport onderzoek grote ondernemingen: worden de beleidsverwachtingen omtrent het horizontaal toezicht ook daadwerkelijk gerealiseerd? WFR 2017/2004.

²¹⁷ P.H.J. Essers, Horizontaal Toezicht: een stille revolutie, WFR 2008/3.

Allen & Overy blijkt dat in Duitsland (slechts) 18% van de onderzochte ondernemingen open en transparant richting de Belastingdienst is, terwijl dat percentage in Nederland 48 blijkt te zijn.²¹⁸ Duitsland kent sinds 2006 het concept van de *zeitnahe Betriebsprüfung*. Dit houdt in dat de *Finanzverwaltung* meer wil werken in de actualiteit en de controletijd wil verkorten. Dit komt tot uiting in het streven naar een controleritme van één jaar, in plaats van de traditionele controles die gemiddeld drie jaar beslaan.²¹⁹ Evenals bij horizontaal toezicht staat ook bij het concept van *zeitnahe Betriebsprüfung* wederzijds vertrouwen en samenwerking centraal.²²⁰ Het (praktische) verschil tussen horizontaal toezicht en *zeitnahe Betriebsprüfung* wordt mijns inziens goed weergegeven door Meussen. Hij schrijft dat een Duitse bedrijfsfiscalist hem vol ongeloof aankeek toen hij het concept van horizontaal toezicht uitlegde. Meussen denkt dat horizontaal toezicht nu en in de voorzienbare toekomst ondenkbaar is in Duitsland. Volgens hem zal men in Duitsland niet verder gaan dan de *zeitnahe Betriebsprüfung*.²²¹ Deze zienswijze van Meussen kan ik bevestigen door mijn ervaringen die ik in de praktijk heb opgedaan.²²²

2.10.3 Rulingbeleid

Nederland kent van oudsher een uitgebreid rulingbeleid. Dit beleid wordt ook vaak genoemd als één van de pijlers onder het goede fiscale vestigingsklimaat van Nederland. Nadat het Nederlandse (standaard) rulingbeleid in 2002 als schadelijke belastingconcurrentie werd aangemerkt, heeft Nederland het proces rondom het aanvragen, verkrijgen en bekendmaken van rulings veranderd. Sindsdien worden grofweg twee soorten rulings afgegeven, namelijk de Advance Pricing Agreement (APA) en Advance Tax Ruling (ATR). Een APA geeft zekerheid vooraf over de vaststelling van een zakelijke beloning (een arm's-lengthbeloning) of een methode voor de vaststelling van een dergelijke beloning voor grensoverschrijdende transacties tussen gelieerde lichamen en winstallocatie aan vaste inrichtingen van lichamen. Een ATR geeft zekerheid vooraf over de fiscale gevolgen (in de vennootschapsbelasting en dividendbelasting) van een voorgenomen transactie of samenstel van transacties. Daarbij heeft de staatssecretaris divers malen nadrukkelijk opgemerkt dat de waarde van een ruling voor een bedrijf zit in de zekerheid vooraf en niet in de fiscale gunst.²²³ De voorwaarden waaraan de aanvraag moet voldoen en de gehele procedure staan beschreven in beleidsbesluiten.²²⁴

De staatssecretaris van Financiën heeft de Tweede Kamer op 18 februari 2018²²⁵ geïnformeerd dat naar aanleiding van onderzoek kan worden geconcludeerd dat het volgen van de interne procedures voor het afgeven van rulings niet in alle gevallen foutloos is verlopen. Volgens de staatssecretaris betreft dit bij de rulings die zijn afgegeven door het APA/ATR-team een beperkt aantal en bij de rulings die niet door het APA/ATR-team zijn afgegeven een groter aantal. De staatssecretaris laat

²¹⁸ Onderzoek Allen & Overy, Global tax practice, negotiating the minefield: managing tax risks in challenging times, January 2017, blz. 13.

²¹⁹ E.C.J.M. van der Hel-van Dijk, Horizontaal toezicht in Europees perspectief, WFR 2011/281. Paragraaf 5.2.

²²⁰ "Eine zeitnahe Betriebsprüfung setzt eine verstärkte Kooperation zwischen Unternehmen und Finanzverwaltung voraus. Bei kooperationsbereiten Unternehmen wird die Finanzverwaltung alle Möglichkeiten ausschöpfen, um das gemeinsame Ziel der größeren Zeitnähe der Betriebsprüfung zu realisieren. Die gute Kooperation des Unternehmens wird unterstützt und belohnt." Zie de Brochure Eckpunkte für die Durchführung einer Zeitnahen Prüfung von Grossbetrieben und Konzernen. https://www.lfst-rlp.de/fileadmin/user_upload/Presse/Flyer/broschuere_eckpunkte_1013.pdf

²²¹ G.T.K. Meussen, Kritische kanttekeningen bij het rapport van de Commissie Horizontaal toezicht Belastingdienst, WFR 2012/1024, paragraaf 2.

²²² O.a. bij een seminar in Tilburg op 27 februari 2013 in het kader van het Duits-Nederlandse onderzoeksproject Interreg IVa van de Europese Unie 'Belastingheffing in het grensgebied Duitsland-Nederland', waarbij het onderwerp horizontaal toezicht en *zeitnahe Betriebsprüfung* uitgebreid is besproken.

²²³ Onder andere in de Brief Staatssecretaris van Financiën, 2 februari 2015, kenmerk IZV/2015 22 U, Informatie over rulings, V-N 2015/10.3.

²²⁴ Zie de besluiten van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/296, Stcrt. 2014, 15954 en DGB 2014/3098, Stcrt. 2014, 15955, V-N 2014/32.1 t/m 32.6.

²²⁵ Brief van de staatssecretaris van Financiën, 18 februari 2018, onderzoek rulings met een internationaal karakter, kenmerk 2018-0000024590.

weten dat uitkomsten van het onderzoek, de beleidskeuzes van het kabinet en de uitkomst van een intern onderzoek naar de naleving van Europese richtsnoeren over de voorwaarden en regels voor het afgeven van rulings aanleiding geven om het geven van zekerheid vooraf op onderdelen te herzien. Deze herziening betreft zowel het proces van afgifte van rulings als de inhoud van de rulings. In de brief aanpak belastingontwijking en ontduiking²²⁶ geeft de staatssecretaris aan dat de substance-eisen voor het verkrijgen van een ruling zullen worden verzwakt.²²⁷ De eisen worden in lijn gebracht met de eisen voor relevante substance zoals die zijn geïntroduceerd bij de Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling. Het gaat hier – naast de al bestaande substance eisen om een loonsomeis van € 100.000 en de eis van een kantoorruimte die gedurende ten minste 24 maanden ter beschikking staat. De nieuwe vormgeving van de rulingpraktijk zou per 1 januari 2019 moeten staan.

Naast het afgeven van formele rulings is de Nederlandse Belastingdienst vaak ook bereid om een fiscaal vraagstuk vooraf te bekijken, te beoordelen en zekerheid vooraf te geven over de fiscale gevolgen van een bepaalde transactie of rechtshandeling. Het vooroverleg wordt in Nederland als een groot goed gezien. De Kleer noemt een kwalitatief goed vooroverleg essentieel voor de rechtszekerheid en het heeft internationale aantrekkingskracht.²²⁸ De staatssecretaris heeft op 23 februari 2018 aangegeven dat het kabinet onverminderd voorstander blijft om in een vroeg stadium duidelijkheid te scheppen en discussies tussen belastingplichtigen en de Belasting “aan de voorkant” te willen beslechten.²²⁹ De Duitse *Finanzverwaltung* is op dit vlak veel terughoudender. Duitsland kent overigens wel een mogelijkheid tot het aanvragen van een ruling, “*verbindliche Auskunft*” genoemd. Sinds 2006 zijn de voorwaarden waaronder een *verbindliche Auskunft* wordt verstrekt wettelijk vastgelegd in §89, Abs. 2 *Abgabenordnung* (AO). In tegenstelling tot een aanvraag van een Nederlandse ruling moet in Duitsland een vergoeding worden betaald aan de Belastingdienst voor de ruling.²³⁰ Een *verbindliche Auskunft* is in principe alleen bindend voor de *Finanzverwaltung*. Op het moment dat de aanvrager van de ruling de feiten en omstandigheden als zodanig opneemt in de aangifte, dan moet de *Finanzverwaltung* de toegezegde fiscale uitkomst in de aanslag omzetten. Uit de praktijk blijkt dat het rulingbeleid in de uitvoering in Duitsland vrij star is. Er is volgens EY een zekere mate van terughoudendheid in het afgeven van *verbindlichen Auskünften*.²³¹ Dit blijkt mijns inziens ook uit Europese cijfers van afgegeven rulings over het jaar 2013. In Nederland zijn in dat jaar in totaal 323 APA verzoeken ingediend en 228 toegewezen, terwijl het aantal verzoeken in Duitsland in dat jaar 27 bedroeg, waarvan er 10 zijn toegewezen.²³²

Zowel in OESO-verband als op EU niveau zijn er in de afgelopen jaren afspraken gemaakt over de uitwisseling van inlichtingen over rulings tussen Belastingdiensten om zodoende meer transparantie in de strijd tegen belastingontwijking na te streven.²³³ Deze afspraken zouden van invloed kunnen

²²⁶ Brief van de staatssecretaris van Financiën, 23 februari 2018, Aanpak belastingontwijking en ontduiking, kenmerk 2018-0000026987, V-N 2018/14.2.

²²⁷ Vleggeert pleitte in 2013 al voor een stop op het afgeven van rulings aan brievenbusmaatschappijen. Zie J. Vleggeert, Stop met afgeven tax rulings aan brievenbusmaatschappijen, WFR 2013/916.

²²⁸ R. Taha, WFR fiscaal café 2017: De 100 dagen-brief van de DG Belastingdienst: het (toezicht) beleid van de Belastingdienst, WFR 2018/11, onderdeel 3.

²²⁹ Brief van de staatssecretaris van Financiën, 23 februari 2018, Aanpak belastingontwijking en ontduiking, kenmerk 2018-0000026987, V-N 2018/14.2.

²³⁰ Na een boekenonderzoek kan een belastingplichtige (kostenloos) verzoeken om een zogenoemde *Verbindliche Zusage* (§§ 204 ff AO) waarin de Belastingdienst een uitspraak doet over toekomstige belastingheffing van de gecontroleerde feiten en omstandigheden. Daarnaast kan op grond van §42e EStG worden verzocht om een *Lohnanrufungsauskunft*, waarbij de belastingplichtige (kostenloos) zekerheid kan krijgen over wel of niet toepassing van loonbelasting voorschriften.

²³¹ Zie EY Tax & Law Magazine, 03/2013, blz. 18 en EY Tax & Law Magazine 01/2015, blz. 32.

²³² EU Joint Transfer Pricing Forum; Statistics on APAs at the end of 2013.

²³³ Richtlijn 2015/2376/EU van de Raad van 8 december 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied (PbEU 2015, L 332/5). Zie ook de

zijn op de bestaande rullingpraktijk in Nederland en Duitsland. De aangescherpte regelgeving en toename van administratieve lasten voor de Belastingdienst in Nederland en Duitsland zou er toe kunnen leiden dat de dienst terughoudender wordt in het afgeven van rulings.²³⁴ Daarnaast zal de “Starbucks- IKEA en NIKE affaire”, waarbij rulings tussen genoemde partijen en de Nederlandse staat door de Europese commissie zijn aangemerkt als een vorm van verboden staatssteun de nodige impact kunnen hebben op het bestaande rullingbeleid (vooral in Nederland als direct betrokkene).²³⁵ Zoals hierboven al opgemerkt is Nederland van plan het rullingbeleid enigszin aan te passen, hetgeen in 2019 vorm dient te hebben gekregen.

Om het (Europese) goede voorbeeld te geven hebben Nederland en Duitsland op 14 juli 2015 een bilaterale overeenkomst gesloten waarin is afgesproken om rullinggegevens uit te wisselen.²³⁶ Opvallend is dat er tot op heden sprake is van eenrichtingsverkeer. Nederland heeft wel informatie verstrekt aan Duitsland, maar tot op heden nog geen enkele informatie teruggekregen.²³⁷ Een ontwikkeling die mijns inziens past bij mijn beschouwing in hoofdstuk 2.7.5 over de omgang van Nederland en Duitsland met Europese ontwikkelingen.

2.10.4 Beschouwing

Uit bovenstaande maak ik op dat zowel Nederland als Duitsland over het algemeen gezegend is met een competente en betrouwbare fiscale uitvoeringsinstantie. Wel is mijns inziens uit deze paragraaf gebleken dat er wat verschillen zijn tussen Nederland en Duitsland wat betreft de uitvoering en handhaving van fiscale wetgeving. De relatie tussen de Belastingdienst en Nederlandse belastingplichtigen verloopt mijns inziens over het algemeen informeler dan de relatie tussen de *Finanzverwaltung* en Duitse belastingplichtigen. Dit uit zich onder andere in het Nederlandse horizontaal toezicht traject, waarbij het vertrouwen in de belastingplichtige mijns inziens een veel grotere rol speelt dan bij de *zeitnahe Betriebsprüfung* in Duitsland. Ook het Nederlandse rullingbeleid en de mogelijkheden tot vooroverleg in vergelijking met het beleid omtrent de *verbindliche Auskunft* duidt er mijns inziens op dat de Nederlandse Belastingdienst toegankelijker en pragmatischer lijkt te zijn dan de Duitse Belastingdienst. Vooroverleg, rulings en horizontaal toezicht hebben in principe hetzelfde voordeel voor de belastingplichtige: tijdige zekerheid omtrent de fiscaliteit. In een brief van 2 februari 2015 merkt de staatssecretaris op dat de Nederlandse Belastingdienst als uitgangspunt heeft niet alleen in beeld te komen als controleur, heffer en inner van belastingen. Zij probeert het ook voor bedrijven in Nederland zo gemakkelijk mogelijk te maken om te voldoen aan hun wettelijke verplichtingen.²³⁸

Het besef dat zekerheid vooraf voor belastingplichtigen cruciaal is, lijkt in Nederland meer aanwezig dan in Duitsland. Mijns inziens laat zich dit deels verklaren door het in hoofdstuk 2.3.1. beschreven verschil in focus ten aanzien van het fiscale vestigingsklimaat. De Nederlandse staatssecretaris geeft expliciet aan dat de werkwijze van de Nederlandse Belastingdienst voor ondernemers onderdeel is van het beleid voor een aantrekkelijk fiscaal vestigingsklimaat. Hij is van mening dat de Nederlandse werkwijze (consistent, benaderbaar, transparant en oplossingsgericht binnen wet, beleid en jurisprudentie) erg efficiënt is voor ondernemers en Belastingdienst. Daarbij past het volgens hem ook dat ondernemers zekerheid vooraf kunnen krijgen over voorgenomen

brief van de staatssecretaris van 11 januari 2017 (V-N 2017/8.4). Voor een nadere uiteenzetting verwijs ik naar N. Kolste, De Wet uitwisseling inlichtingen over rulings, MBB 2017/05.

²³⁴ Zie hierover bijvoorbeeld Van de Streek en Nouwen in het Financieel dagblad, L. Berentsen, Strengere regels zetten praktijk van belastingafspraken onder druk, Financieel Dagblad, 17 januari 2017. Zie ook S. Grotherr, Sollten verbindliche Auskünfte anonymisiert veröffentlicht werden? StuW 1/2016, blz. 76 ev. Hij geeft aan dat in Duitsland nog de nodige stappen zijn te zetten voor een optimaal gewenst transparant rullingbeleid en uitwisseling daarvan.

²³⁵ Zie onder andere het oordeel van de Europese Commissie van 21 oktober 2015 en de reactie van het Nederlandse kabinet op dit oordeel (Min. v. Fin. 27 november 2015, AFP/2015/948M).

²³⁶ Besluit van 17 juli 2015, nr. DGB 2015 - 3524 M.

²³⁷ Kamerstukken II, 2016-2017, 34527, nr. 5, blz. 17.

²³⁸ Brief Staatssecretaris van Financiën, 2 februari 2015, kenmerk IZV/2015 22 U, Informatie over rulings, V-N 2015/10.3.

rechtshandelingen.²³⁹ Wel ben ik het met Nent eens dat het lijkt dat deze werkwijze de laatste jaren wat meer onder druk is komen te staan, vermoedelijk door problemen bij de Belastingdienst zelf.²⁴⁰ Daarnaast Belastingdienst is Nederland zich door de discussie over belastingontwijking en door internationale (EU) drukterughoudender gaan opstellen. De in hoofdstuk 2.4.2 en 2.8 geschetste ontwikkelingen omtrent de discussie over fair share en (internationale) belastingontwijking hebben mijns inziens bijvoorbeeld geleid tot een aankondiging van de staatssecretaris dat het rulingbeleid nieuw zal worden vormgegeven. Daarbij is het de bedoeling dat ook de substance-eisen voor het verkrijgen van een ruling worden verzwakt. Al met al ben ik het met Barnard eens dat er een zekere verharding is te constateren in de relatie tussen de belastingplichtige (en met name de adviseur) met de Belastingdienst.²⁴¹ Het afgeven van zekerheid vooraf of rulings lijkt in Duitsland veel minder voor te komen dan in Nederland.²⁴²

Het verschil in de Nederlandse en Duitse werkwijze van de Belastingdienst respectievelijk de *Finanzverwaltung* zou ook deels te maken kunnen hebben met de in hoofdstuk 2.5 beschreven culturele verschillen tussen Nederland en Duitsland. De Duitsers staan over het algemeen veel meer bekend om hun (stijve) hiërarchische houding en zullen wellicht vanuit die hoedanigheid minder snel geneigd zijn een uitspraak te doen over een fiscale vraag.²⁴³ Opvallend vind ik verder dat ik in mijn onderzoek op diverse plaatsen ben tegengekomen dat de *Finanzverwaltung* (zo aangestuurd wordt dat zij) een rechtsregel zo probeert uit te leggen dat het maximale resultaat voor de staat wordt behaald, terwijl in Nederland veel meer een onderhandelingscultuur (binnen de wettelijke grenzen) met de belastingplichtige heerst.

In dit onderzoek werk ik de verschillen en overeenkomsten in de relatie tussen de Belastingdienst en de Nederlandse belastingplichtige en tussen de *Finanzverwaltung* en de Duitse belastingplichtige niet nader uit. Daarnaast ga ik niet in op de vraag of de Belastingdienst, respectievelijk de *Finanzverwaltung* wel optimaal functioneert. Ook ga ik niet op de vraag of horizontaal toezicht respectievelijk *zeitnahe Betriebsprüfung* een goede of slechte ontwikkeling voor de fiscale praktijk betekent en geef ik geen oordeel over het rulingbeleid in Nederland ten opzichte van het Duitse rulingbeleid. Voor mijn onderzoek is het belangrijkste de constatering dat er verschillen zijn in de werkwijze (uitvoering en handhaving van fiscale wetgeving) van de Belastingdienst respectievelijk de *Finanzverwaltung* die van invloed zouden kunnen zijn bij het onderzoek of Duitse rechtsregels aanbevelenswaardig zijn om in te voeren in Nederland.

Zoals in hoofdstuk 1.3.2.4 (toetsingskader) is weergegeven is uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid onderdeel van de fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader. Door de hierboven geschetste verschillen is het mijns inziens (extra) interessant om te onderzoeken hoe een rechtsregel in Nederland en Duitsland – gegeven de ratio – is vormgegeven en wordt uitgevoerd en gehandhaafd.

²³⁹ Brief Staatssecretaris van Financiën, 5 oktober 2015, appreciatie uitkomst BEPS-project en vooruitblik Nederlands fiscaal vestigingsklimaat, kenmerk IZV/2015/657 M, V-N 2015/56.4, paragraaf 3.1. De staatssecretaris heeft zich in gelijke strekking uitgelaten in de brief van 18 februari 2018. De staatssecretaris geeft in de brief aan dat het kabinet onverminderd voorstander blijft om in een vroeg stadium duidelijkheid te scheppen en discussies tussen belastingplichtigen en de Belastingdienst ‘aan de voorkant’ te beslechten. Vooroverleg en het geven van zekerheid vooraf vormen kernelementen in het toezicht van de Belastingdienst. Het geven van zekerheid vooraf door middel van een ruling is tevens een belangrijke pijler van ons vestigingsklimaat, aldus de bewindsman.

²⁴⁰ W.E. Nent, Vooroverleg; uitstervende hoeksteen van fiscaal uitvoeringsbeleid, NTFR 2017/2503.

²⁴¹ In gelijke zin F.G. Barnard, Veranderingen in de relatie Belastingdienst - belastingplichtige: is er sprake van verharding? TFB 2017/6/60714.

²⁴² Al hoor ik in de wandelgangen dat ook in Duitsland het maken van fiscale afspraken in sommige gevallen wel degelijk mogelijk is. Dergelijke afspraken worden schijnbaar niet gepubliceerd en/of zijn niet openbaar.

²⁴³ Volledigheidshalve merk ik op dat ik een algemeen beeld schets en het uiteraard zo zal zijn dat de inspecteur van het *Finanzamt* in de ene Duitse deelstaat zich bijvoorbeeld anders (toegankelijker) opstelt dan een inspecteur van een *Finanzamt* in een andere Duitse deelstaat. Hetzelfde geldt natuurlijk voor de diverse belastinginspecteurs in Nederland.

2.11 Andere rechtsgebieden

Het fiscale recht staat niet op zichzelf, maar maakt onderdeel uit van het gehele rechtssysteem. Naast bijvoorbeeld de in hoofdstuk 2.3.3 en 2.7 beschreven economische invalshoek, respectievelijk het Europese recht kunnen ook andere rechtsgebieden van invloed zijn op het fiscale recht (en dus ook op de winstbelasting van lichamen).²⁴⁴ Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan het jaarrekeningenrecht, civiele recht²⁴⁵, bestuursrecht, De Wet op het financieel toezicht, corporate governance etc. Hütteman wijst er bijvoorbeeld op dat in de geschiedenis destijds nieuwe civiele rechtsvormen in Duitsland, zoals de GmbH & Co KG, geleid hebben tot fiscale gedragsveranderingen en dat bijvoorbeeld de handelsrechtelijke voorschriften voor de belastinggrondslag nog steeds een beduidende invloed hebben.²⁴⁶

Dingemans e.a. wijzen er op dat voor een juiste toepassing van het fiscale recht niet afdoende is dat men de taal der fiscaliteit beheerst, maar dat ook begrippen uit andere rechtsgebieden gekend en toegepast moeten kunnen worden. Zij geven als voorbeeld dat voor de toepassing van de country-by-country reporting (art. 29b-29h Wet VPB 1969) kennis nodig is van de in het jaarrekeningenrecht opgenomen consolidatieregels (omtrent het begrip "groepsentiteit") en bij de vrijgestelde beleggingsinstelling (art. 6a Wet VPB 1969 van de Wet op het financieel toezicht (omtrent het begrip "financiële instrumenten").²⁴⁷ Ook Bobeldijk gaat in op de invloed van andere rechtsgebieden, zoals het jaarrekeningenrecht, op het fiscale recht.²⁴⁸ Duitsland kent eenzelfde ontwikkeling. Zo wordt bij de renteaftrekbeperking (*Zinsschranke*) bij het bepalen van een groep aangesloten bij de IFRS regels.²⁴⁹

In mijn onderzoek zullen op diverse plekken de invloeden van andere rechtsgebieden (vergelijk de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader) op de Nederlandse en/of Duitse winstbelasting van lichamen naar voren komen. Een integrale toetsing of weergave van de verhouding tussen de diverse rechtsgebieden en fiscaliteit valt buiten het bestek van mijn onderzoek.

2.12 Beschouwing en conclusie

Bestaande rechtsregels zijn zowel in Duitsland als in Nederland ingebed in een ruimer geheel en een Duitse rechtsregel kan niet zonder meer (door alleen naar de afzonderlijke regeling te kijken) worden geïmplementeerd in Nederland. Spanjers geeft het mijns inziens in de volgende bewoordingen treffend weer: *"De vormgeving van een belastingstelsel vindt plaats in een complex beleidsmatig en politiek krachtenspel. Juridische, economische, uitvoeringstechnische, internationale, begrotingspolitieke en vele andere belangen boksen niet zelden tegen elkaar voor de overwinning."*²⁵⁰

In dit hoofdstuk heb ik uiteengezet welke mogelijke factoren van invloed kunnen zijn op de winstbelasting van lichamen in Nederland en Duitsland.²⁵¹ Hieruit blijkt dat Nederland en Duitsland veel overeenkomsten kennen, maar ook verschillen:

- Demografisch, staatsrechtelijk en bestuurlijk wijkt Nederland enigszins af van Duitsland. Fiscaal gezien uit zich dat bijvoorbeeld in het feit dat in Duitsland naast de bond ook de deelstaten en gemeenten relatief veel (fiscale) macht hebben in vergelijking met de provincies en gemeenten in Nederland (hoofdstuk 2.2).

²⁴⁴ Vergelijk R.H. Happé, Het tijdperk van splendid isolation voor de fiscaliteit ligt definitief achter ons, WFR 2012/1162

²⁴⁵ Zie bijvoorbeeld V.E. Broeders/F.M. van der Zeijden, De interactie tussen het civiele en het fiscale recht, WFR 2014/1496.

²⁴⁶ R. Hütteman, Besteuerung von Unternehmen - Entwicklungen und Ausdifferenzierung, StuW 1/2014, blz. 66.

²⁴⁷ I.D.M. Dingemans/F.M. van der Zeijden/M.R. Verburch, Rechtseenheid op losse schroeven: De AIFMD in de fiscaliteit, WFR 2016/205.

²⁴⁸ Zie Nijssen die verslag doet van de oratie van Bobeldijk. W. Nijssen, Invloeden op de vennootschapsbelasting, WFR 2012/63, paragraaf 4.

²⁴⁹ Zie hieromtrent bijvoorbeeld H. Kahle/A. Dahlke/S. Schulz, Zunehmende Bedeutung der IFRS für die Unternehmensbesteuerung? StuW 3/2008, blz.27-274.

²⁵⁰ M.P.A. Spanjers, Broer voor de belastingdienst, NTFR-A 2015/13, blz. 13.

²⁵¹ Deze factoren en invloeden kunnen niet als een uitputtende opsomming worden gezien.

- Duitsland en Nederland zijn voor elkaar belangrijke handelspartners. Hoewel de Nederlandse economie sterk afhankelijk is van de Duitse economie is er wel een duidelijk verschil ten aanzien van de benadering van de binnenlandse en buitenlandse markt. Nederland heeft traditioneel gezien een veel grotere internationale focus vanwege onder andere de kleinere binnenlandse (afzet)markt. Waarschijnlijk is er daardoor in Nederland veel meer aandacht voor het hebben en houden van een fiscaal aantrekkelijk vestigingsklimaat, hetgeen ik onder meer afleid uit expliciete opmerkingen hierover de Nederlandse parlementaire stukken. In Duitsland is deze focus veel minder aanwezig en nemen traditioneel gezien binnenlandse familiebedrijven en personenvennootschappen een belangrijke plaats in. In beide landen is er in de fiscale wetgeving rekening gehouden met de economische dimensie van het belastingrecht. Dit zal onder meer blijken in de komende hoofdstukken waarin het leerstuk van de deelnemingsvrijstelling, het fiscale eenheidsregime en fusie - en splitsingsfaciliteiten worden besproken (hoofdstuk 2.3).
- In beide landen is een gelijke trend zichtbaar ten aanzien van de maatschappelijke ontwikkelingen die van invloed kunnen zijn op de winstbelasting van lichamen. De laatste jaren is er in beide landen meer aandacht voor *corporate governance*, belastingontwijking en belastingontduiking en het bijdragen van een *fair share* aan de maatschappij, al dan niet om reputatieschade te voorkomen (hoofdstuk 2.4).
- Nederland wordt vaker gezien als flexibeler en pragmatischer in vergelijking met Duitsland als het gaat om omgangsvormen en arbeidsverhoudingen (hoofdstuk 2.5).
- Zowel Nederland als Duitsland kennen over het algemeen een stabiele politieke situatie. Politieke partijen en belangengroeperingen hebben in beide landen een belangrijke invloed bij de totstandkoming van fiscale wetgeving (hoofdstuk 2.6).
- In de afgelopen decennia is de invloed van het Europese fiscale recht en internationale fiscale ontwikkelingen op het nationale fiscale recht in Nederland en Duitsland groter geworden. Beide landen moeten de Europese Antibelastingontwikkelingsrichtlijnen (ATAD1 en ATAD2) implementeren in wetgeving, al zal dat Duitsland waarschijnlijk minder moeite kosten. Het lijkt er namelijk op dat Duitsland een grotere stempel heeft kunnen drukken op deze Europese regelgeving, aangezien veel regels uit de richtlijn in Duitsland reeds van toepassing zijn. Ook moeten Nederland en Duitsland er rekening mee houden dat mogelijk in de toekomst de C(C)CTB zal worden geïmplementeerd. Het politieke beleid van Nederland ten aanzien van Europees recht en internationale fiscale ontwikkelingen wijkt mijns inziens enigszins af van het Duitse beleid, in die zin dat Nederland wat terughoudender reageert wat harmonisatie betreft (mogelijke mede vanwege de focus op het fiscale vestigingsklimaat). Aan de andere kant lijkt Duitsland minder voortvarend te reageren als het gaat om (voor de schatkist negatieve) beslissingen van het Europese Hof van Justitie (hoofdstuk 2.7 en 2.8).
- Fiscale wetten komen in beide landen democratisch tot stand, waarbij de nodige kwaliteitseisen worden gesteld aan de wetgeving. In tegenstelling tot Nederland kan er in Duitsland wel rechterlijk getoetst worden aan de Grondwet en aan algemene rechtsbeginselen. In Nederland kan wel getoetst worden aan internationale rechtsbeginselen. Mijns inziens blijkt uit de tot op heden gewezen Nederlandse jurisprudentie over toetsing aan art. 14 EVRM en art. 26 IVBPR dat de Hoge Raad hierin echter terughoudend is (hoofdstuk 2.9).
- Zowel Nederland als Duitsland is over het algemeen gezegend met een competente en betrouwbare fiscale uitvoeringsinstantie.²⁵² Wat betreft de uitvoering van fiscale wetgeving constateer ik dat de Nederlandse Belastingdienst over het algemeen informeler, toegankelijker en pragmatischer is dan de Duitse *Finanzverwaltung*. Dit uit zich onder andere in het Nederlandse horizontaal toezicht traject in vergelijking met de *zeitnahe Betriebsprüfung* in Duitsland, in het verschil in mogelijkheden voor vooroverleg en het rulingbeleid. De in hoofdstuk 2.4.2 en 2.8 geschetste ontwikkelingen omtrent de discussie over (internationale) belastingontwijking en politieke EU-druk hebben mijns inziens wel

²⁵² Dat neemt niet weg dat er zowel in Nederland als in Duitsland in de loop der jaren zowel de nodige IT- als personeelsproblemen zijn geweest. Zie hierover ook hoofdstuk 2.10.1 en A.C. Breuer/A.J.A. Stevens, Fiscale ontwikkelingen in Duitsland, WFR 2016/3, paragraaf 7.

geleid tot een aankondiging van de staatssecretaris dat het rulingbeleid wordt hervormd.²⁵³ Al met al is er mijns inziens in de laatste jaren een verharding te constateren in de relatie tussen de Nederlandse belastingplichtige (en de adviseur) met de Nederlandse Belastingdienst (hoofdstuk 2.10).

- Zowel in Nederland als Duitsland hebben andere rechtsgebieden, zoals het jaarrekeningenrecht of het civiele recht, invloed op het fiscale recht (hoofdstuk 2.11).

Uit het onderzochte in dit hoofdstuk kunnen mijns inziens de volgende conclusies worden getrokken. Ten eerste kan aan de hand van dit hoofdstuk een verklaring worden gegeven waarom de bestaande rechtsregels in de winstbelasting van lichamen in Nederland en Duitsland zijn zoals ze zijn.²⁵⁴

Ten tweede kan mijns inziens geconcludeerd worden dat Nederland en Duitsland veel met dezelfde factoren te maken hebben die de winstbelasting van lichamen kunnen beïnvloeden. Mijns inziens zijn de hierboven genoemde verschillen niet van dien aard dat op voorhand geconcludeerd kan worden dat een Duitse rechtsregel niet zou passen binnen het bestaande Nederlandse rechtstelsel (vergelijk de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader). Met andere woorden kan uit de constatering in dit hoofdstuk mijns inziens geconcludeerd worden dat een bepaalde Duitse rechtsregel in beginsel op grond van de demografische, staatsrechtelijke, bestuurlijke, economische, maatschappelijke, culturele, politieke, internationale, EU-rechtelijke, uitvoerbare gronden en gezien het karakter en ontwikkelingsniveau van beide rechtssystemen zou moeten kunnen worden ingevoerd in Nederland.²⁵⁵

Ten derde is mijns inziens uit dit hoofdstuk duidelijk geworden dat een aantal factoren extra aandacht verdient. Zo is gebleken dat het internationale en Europese recht een belangrijke invloed hebben (gehad) op de nationale wetgeving in beide landen. Dit aspect zal in mijn onderzoek naar voren komen door de rechtsregels te toetsen aan internationaal- en Europees recht (onderdeel van de fiscaal-juridische toets). Mijns inziens zal ook rekening moeten worden gehouden met de internationale en Europese *ontwikkelingen* (de discussie over fair share, het fiscale vestigingsklimaat en mogelijke invoering van een C(C)CTB en het fiscale vestigingsklimaat). Dit aspect komt in mijn onderzoek terug door middel van toetsen aan de internationale/Europese fiscale ontwikkelingentoets. Wel merk ik op dat ik deze toets minder zwaar vind wegen dan de overige toetsen. Verder is het opvallend dat in Duitsland expliciet door het *Bundesverfassungsgericht* aan de grondwet en algemene rechtsbeginselen getoetst kan worden. Dit punt komt ook nadrukkelijk in de fiscaal-juridische toets in mijn onderzoek naar voren. Daarnaast blijkt uit dit hoofdstuk dat het interessant is om te onderzoeken hoe een rechtsregel in Nederland en Duitsland – gegeven de ratio – is vormgegeven en wordt uitgevoerd en gehandhaafd. Dit laatste met name ook vanwege de in dit hoofdstuk geconstateerde verschillen tussen (het beleid van de) Belastingdienst en *Finanzverwaltung*. Dit punt komt nadrukkelijk terug in de fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader.

²⁵³ Brief van de staatssecretaris van Financiën, 18 februari 2018, onderzoek rulings met een internationaal karakter, kenmerk 2018-0000024590.

²⁵⁴ Zie ook H. Vording, *Waarom was rente ook al weer aftrekbaar*, NTFR 2011/1960. Hij merkt op dat fiscale wetgeving padafhankelijk is en dat de opties van nu voornamelijk bepaald worden door keuzen uit het verleden. Hij geeft aan dat de belangrijkste verklaring voor onze fiscale regels daarmee is dat we ze nu eenmaal hebben; bestaande maatschappelijke belangen hebben zich naar die regels gevoegd en ze waar nodig wat aangepast.

²⁵⁵ Voor het inpassen van buitenlands recht in nationaal recht zie ook Th.M. de Boer, *Vergelijkenderwijs; de inspiratie van buitenlands recht*, WPNR 1992/6033, blz. 48.

2.13 Schematische weergave



3 De winstbelasting van lichamen in Nederland en Duitsland

3.1 Inleiding

Alvorens ik concreet inga op de verschillende leerstukken in de winstbelasting van lichamen in Nederland en Duitsland, schets ik eerst de hoofdlijnen (het raamwerk) van de winstbelasting van lichamen in beide landen. In dit hoofdstuk zet ik derhalve uiteen welke winstbelastingen van lichamen in Nederland en Duitsland worden geheven en welke verschillen en overeenkomsten er bestaan tussen de (ontwikkeling) van de winstbelasting van lichamen in beide landen. Daaruit zal blijken dat de Nederlandse vennootschapsbelasting en Duitse *Körperschaftsteuer* en *Gewerbesteuer* “de hoofdrolspelers” van mijn onderzoek zullen zijn.

Ik begin dit hoofdstuk met het Nederlandse gedeelte (hoofdstuk 3.2), waarin ik de huidige situatie weergeef en zal aangeven welke plaats - qua grootte - de vennootschapsbelasting inneemt ten opzichte van de totale belastingopbrengsten in Nederland om een en ander in perspectief te kunnen plaatsen. Vervolgens zet ik de historische ontwikkeling, de rechtsgrond en de relatie tussen de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting uiteen. In hoofdstuk 3.2.5 zal ik mijns inziens relevante discussiepunten in kaart brengen zijnde: de discussie over de rechtsgrondslag van de vennootschapsbelasting, de verruiming van het gemeentelijke belastingbeleid in Nederland en het ontbreken van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting. Deze discussiepunten analyseer ik in het licht van mijn in hoofdstuk 1.3.2.4 opgestelde toetsingskader.

In het Duitse gedeelte (hoofdstuk 3.3) houd ik zoveel mogelijk eenzelfde paragraafindeling aan. In de conclusie (hoofdstuk 3.4) ga ik in op de deelvragen of de rechtsgrondslag in Duitsland voor een winstbelasting van lichamen wel eenduidig kan worden vastgesteld, of invoering van een Duitse *Gewerbesteuer* aanbevelenswaardig zou zijn om in het Nederlandse belastingstelsel in te voeren en of de Duitse *Thesaurierungsbegünstigung* iets voor Nederland zou zijn. Dit toets ik wederom aan de hand van mijn in hoofdstuk 1.3.2.4 opgestelde toetsingskader.

In dit hoofdstuk en ook in mijn verdere onderzoek ga ik niet of nauwelijks in op andere belastingen/heffingen, zoals bijvoorbeeld de dividendbelasting, loonbelasting of btw. Ook zal ik niet gestructureerd ingaan op andere belastingwetten die van toepassing kunnen zijn op de winstbelasting van lichamen, zoals bijvoorbeeld de Nederlandse Algemene Wet Rijksbelasting (AWR), de Duitse *Abgabenordnung* (AO)²⁵⁶ of het Duitse *Außensteuergesetz* (AStG)²⁵⁷. Daarnaast worden formeelrechtelijke aspecten in mijn onderzoek niet structureel behandeld.²⁵⁸ Als een andere belasting/heffing, wet, of formeelrechtelijke aspecten wel een substantiële invloed op of samenloop met een bepaalde rechtsregel of leerstuk heeft, dan zal ik daar uiteraard wel op ingaan.²⁵⁹

²⁵⁶ De AO is een algemene wet waarin zowel de heffing van belastingen als de invordering is geregeld. De mijns inziens bekendste bepaling uit de wet is §42 AO (*Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten*) vergelijkbaar met ons leerstuk van wetsontduiking. Voor een Nederlandstalige uiteenzetting van deze bepaling zie H.J.M. Nieuwenhuizen, *Rechtsvinding en fiscale werkelijkheid*, Kluwer, 2010, paragraaf 4.2.2.

²⁵⁷ Het AStG is een wet die zich richt op de internationale verhoudingen van Duitse ingezetenen en sinds 2012 ook op internationale verhoudingen tussen hoofddhuis en vaste inrichting. De voor de winstbelasting van lichamen belangrijke bepalingen zijn bijvoorbeeld §1 AStG waar het at arm's lengthbeginsel is weergegeven en §7 tot en met §14 AStG waar de Controlled-Foreign-Company (CFC)-bepalingen staan. In hoofdstuk 8 ga ik wel in op de Duitse CFC-regels. Het voornaamste doel van het AStG is het waarborgen van Duitse belastinginkomsten in internationale verhoudingen. Het AStG kan dus als een soort anti-ontgaanswet worden gezien.

²⁵⁸ Voor enkele formeelrechtelijke ontwikkelingen rondom horizontaal toezicht en het rulingsbeleid zie hoofdstuk 2.10. Zie voor een rechtsvergelijking tussen Nederland en Duitsland ten aanzien van enkele andere formeelrechtelijke aspecten, M.A. Wisselink, *Rechtsvergelijkende opmerkingen over het Nederlandse en Duitse stelsel der aanslagbelastingen alsmede de navorderingsbevoegdheid*, MBB 1992/360 (met uiteraard wel de kanttekening dat het artikel meer dan 25 jaar oud is).

²⁵⁹ In hoofdstuk 8 ga ik bijvoorbeeld wel in op de Duitse CFC-regels uit het AStG.

3.2 Nederland

3.2.1 Huidige winstbelasting van lichamen

3.2.1.1 Vennootschapsbelasting

In Nederland is de winstbelasting van lichamen de vennootschapsbelasting. Vennootschapsbelasting wordt geheven uit hoofde van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. In art. 1 Wet VPB 1969 staat dat onder de naam vennootschapsbelasting een directe belasting wordt geheven van de lichamen vermeld in de artikelen 2 en 3. De subjectieve belastingplicht en het object van heffing worden in de volgende hoofdstukken uitgebreid besproken en vergeleken met Duitsland.

Het Nederlandse nominale vennootschapsbelastingtarief bedraagt per 1 januari 2018 20% van de eerste € 200.000 belastbare winst en 25% van de belastbare winst vanaf € 200.000 (art. 22 Wet VPB 1969). Op 10 oktober 2017 heeft de nieuwe regering het regeerakkoord voor de komende vier jaren bekend gemaakt, met daarin de nodige fiscale plannen. Om het vestigingsklimaat ook in de toekomst fiscaal aantrekkelijk te houden wordt het tarief van de vennootschapsbelasting verder verlaagd. Het tarief over de eerste € 200.000 fiscale winst wordt stapsgewijs verlaagd van 20% naar uiteindelijk 16% (in 2021) en het tarief over de fiscale winst daarboven wordt stapsgewijs verlaagd van 25% naar 21% (in 2021).

Nederland kent op dit moment geen *Gewerbesteuer* of een soortgelijke (gemeentelijke) ondernemingsbelasting. In de periode 1942-1950 kende Nederland – naar het voorbeeld van de Duitse *Gewerbesteuer* wel een dergelijke bedrijfsbelasting,²⁶⁰ die in hoofdstuk 3.2.2 zal worden toegelicht.

3.2.1.2 Belang ten opzichte van totale opbrengst

Het belang van de vennootschapsbelasting voor de Nederlandse schatkist kan worden weergegeven door de vennootschapsbelastingopbrengst van een jaar te vergelijken met de totale belastingopbrengsten. Uit de miljoenennota 2010²⁶¹ en 2017²⁶² blijkt dat de totale belastingopbrengst in 2010 €239.800 miljoen bedroeg en in 2017 €260.537 miljoen. De vennootschapsbelastingopbrengst bedroeg in 2010 €13.600 miljoen en in 2017 €18.475. Daaruit leid ik af dat de vennootschapsbelasting de laatste jaren tussen de 5 en 7% bijdraagt aan de gehele Nederlandse belastingopbrengst.

3.2.2 Historische ontwikkeling

De winstbelasting van lichamen in Nederland was tot 1940 te duiden als een zogenoemde uitdelingsbelasting, hetgeen wil zeggen dat de winst niet werd belast op het moment dat zij werd behaald, maar op het moment waarop zij werd uitgedeeld.²⁶³ In 1940 schakelde Nederland over op een winstbelasting, waarbij de winst werd belast op het moment dat zij werd behaald. Het Besluit op de winstbelasting (Besluit Winstbelasting 1940)²⁶⁴ was van 1940 tot 1941 van toepassing. Het Besluit is enige tijd later vervangen door het Besluit op de Vennootschapsbelasting 1942 (Besluit VPB 1942)²⁶⁵, dat van 1 januari 1941 tot 1 januari 1970 heeft gegolden. Het Besluit VPB 1942

²⁶⁰ Zie ook P.H.J. Essers, *Belast verleden*, Kluwer 2012, blz. 168.

²⁶¹ Informatie is te vinden op www.rijksbegroting.nl/2010, miljoenennota, paragraaf 3.2.

²⁶² Informatie is te vinden op www.rijksbegroting.nl/2017, miljoenennota, bijlage.

²⁶³ Wet van 21 mei 1819 (Stb.34), de Wet op het Patentregt; de Wet van 2 oktober 1893 (Stb. 149) tot heffing ener belasting op bedrijfs- en andere inkomsten, de Wet op de bedrijfsbelasting; Wet van 19 december 1914, Stb. 563, Wet op de inkomstenbelasting 1914; Wet van 11 januari 1918, Stb. 4, Wet op de Dividend- en Tantiëmebelasting 1917. Voor een uiteenzetting van de uitdelingsbelastingen en het historische verloop verwijs ik naar *Cursus Belastingrecht*, onderdeel VPB 0.0.2.b.1.I en onderdeel VPB 0.0.2.b.1.II, Kluwer, 2014 en J.A.G. van der Geld/F.J. Elswier/S.A. Stevens, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, FED fiscale studiereserie nr. 31, 10^e druk, 2014, paragraaf 1.1 en J. Verburg, *vennootschapsbelasting*, Fiscale Handboeken nr. 4, 2^e druk, Kluwer, 2000, paragraaf 2.1, 2.2 en 2.3.

²⁶⁴ Besluit van 26 juli 1940, Stb. 405, Besluit op de winstbelasting 1940.

²⁶⁵ Besluit van 30 april 1942. Het besluit kende een terugwerkende kracht van bijna anderhalf jaar.

vertoonde, niet geheel verwonderlijk vanwege de Duitse bezetting, duidelijke overeenkomsten met de Duitse *Körperschaftsteuer*.²⁶⁶ In 1942 werd tevens een vermogensbelasting²⁶⁷ voor vennootschapsbelastingplichtige lichamen ingevoerd, een superdividendbelasting²⁶⁸ en een ondernemingsbelasting (*Gewerbsteuer*).²⁶⁹

De ondernemingsbelasting werd geheven naast de vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting en was van toepassing op ondernemingen ongeacht hun rechtsvorm. De belasting kende twee grondslagen. Er werd belasting geheven over de bedrijfsopbrengst en het bedrijfskapitaal. De gemeente waarbinnen de onderneming werd uitgeoefend, kreeg de opbrengsten. De Klerck geeft aan dat in de Telegraaf van 6 mei 1942 het volgende als rechtvaardiging voor de ondernemingsbelasting werd aangevoerd: "aan de ondernemingsbelasting ligt ten grondslag de gedachte dat elk bedrijf door zijn vestiging van bedrijfsruimten en het aldaar wonen van zijn arbeiders de gemeente te zijner behoeve voor zekere uitgaven stelt (politie, wegen, scholen, sociale maatregelen, enz.)."²⁷⁰ Voor de Duitsers was het belangrijkste dat ze met invoering van een *Gewerbsteuer* bewerkstelligden dat het bedrijfsleven in Nederland in dezelfde positie kwam te verkeren als het Duitse bedrijfsleven.²⁷¹ Na de oorlog werd er veel gediscussieerd over vernieuwingen op belastinggebied. De ondernemingsbelasting werd met ingang van het belastingjaar 1950 in haar geheel afgeschaft (onder een gelijktijdige verhoging van het vennootschapsbelastingtarief).²⁷² De voornaamste reden voor het afschaffen van deze belasting was het stimuleren van investeringen (industrialisatiepolitiek) en de overweging dat een ondernemingsbelasting niet zou thuishoren in het Nederlandse stelsel dat gebaseerd is op draagkracht.²⁷³ In hoofdstuk 3.2.5.3 ga ik nader in op de ondernemingsbelasting.

De discussie over vernieuwingen op belastinggebied leidde niet tot andere concrete hervormingen ten aanzien van de winstbelastingen van lichamen. Het Besluit VPB 1942 werd pas op 1 januari 1970 vervangen door de huidige Wet op de vennootschapsbelasting 1969.²⁷⁴ De Wet op de vennootschapsbelasting 1969 werd niet als vernieuwend gezien.²⁷⁵ De veranderingen ten opzichte van het Besluit VPB 1942 waren meer technisch van aard.²⁷⁶ Na het einde van de oorlog duurde het dus een hele tijd voordat Nederland met een eigen nationale vennootschapsbelasting kwam en daarnaast bleek deze nieuwe vennootschapsbelastingwet voort te borduren op de eerdere besluiten.²⁷⁷ Hieruit blijkt mijns inziens dat de door Duitsland ingevoerde fiscale regelgeving voor het

²⁶⁶ Voor een nadere uiteenzetting van enkele bepalingen die bij Besluit VPB 1942 werden ingevoerd en de reacties daarop verwijs ik naar P.H.J. Essers, *Belast verleden*, Kluwer 2012, blz. 164-170.

²⁶⁷ Besluit van 30 april 1942, Besluit op de Vermogensbelasting 1942.

²⁶⁸ Besluit van 15 augustus 1941, Besluit op de dividendbeperking 1941.

²⁶⁹ Besluit van 28 april 1942, Stb. 302.

²⁷⁰ J.J. de Klerck, *De ondernemingsbelasting 1942*, in P.J.A. Adriani ed., *Fiscale ervaringen in bezettingstijd 1940-1945*, Amsterdam 1946, blz. 356.

²⁷¹ J.M.M.J. Clerx, *De afschaffing van de ondernemingsbelasting*, MBB 1991/189.

²⁷² Zie voor een uitgebreide uiteenzetting J.M.M.J. Clerx, *De afschaffing van de ondernemingsbelasting*, MBB 1991/189.

²⁷³ Zie de verwijzing van P.H.J. Essers, *Belast verleden*, Kluwer 2012, blz. 192 naar H.J. Hofstra, 'De ontwikkeling van het Nederlandse belastingstelsel gedurende de bezetting', *De NV* 1944-1946, nr. 6/7, blz. 93-97. Het is overigens opmerkelijk dat Hofstra in eerste instantie van mening was dat een ondernemingsbelasting niet past binnen het Nederlandse stelsel, maar op een later moment probeerde om de afschaffing van de ondernemingsbelasting te verhinderen. Zie hierover uitgebreid J.M.M.J. Clerx, *De afschaffing van de ondernemingsbelasting*, MBB 1991/189.

²⁷⁴ Wet van 8 oktober 1969, Stb 445, Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

²⁷⁵ Brüll constateerde dat de vernieuwing van de vennootschapsbelasting haar einde had gevonden, J. Brüll, *Het einde van de vernieuwing in de vennootschapsbelasting*, TVVS november 1968, blz. 317 e.v. Grappenhuis vergeleek de wetgevingsarbeid aan de vennootschapsbelasting met het doen van oude wijn in nieuwe zakken, *Handelingen Tweede Kamer* 5 juni 1969, blz. 3084 rk.

²⁷⁶ Vergelijk J. Verburg, *de vennootschapsbelasting Fiscale Handboeken* nr. 4, 2000, paragraaf 2.8.

²⁷⁷ Vergelijk J.A.G. van der Geld/F.J. Elsweier/S.A. Stevens, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, FED fiscale studiereserie nr. 31, 10^e druk, Kluwer 2014, paragraaf 1.1.

overgrote deel bevredigend werd gevonden.

De Wet VPB 1969 is vanaf de invoering in 1970 een groot aantal keren gewijzigd. De laatste grote herziening in de vennootschapsbelasting was in 2007 (Wet werken aan winst). Een belangrijk gevolg van de herziening was een tariefsverlaging (van 29,6% naar destijds 25,5%) die gefinancierd werd met grondslagverbredende maatregelen. Het doel van de tariefsverlagingen was meer bedrijven (winstgrondslag) in Nederland te houden en om meer bedrijvigheid aan te trekken. Nederland moest terugkomen op de shortlist van investeerders.²⁷⁸ Op 10 oktober 2017 heeft de nieuwe regering het regeerakkoord voor de komende vier jaren bekend gemaakt, met daarin de nodige fiscale plannen. Om het vestigingsklimaat ook in de toekomst fiscaal aantrekkelijk te houden wordt het tarief van de vennootschapsbelasting verder verlaagd. Het tarief over de eerste € 200.000 fiscale winst wordt stapsgewijs verlaagd van 20% naar uiteindelijk 16% (in 2021) en het tarief over de fiscale winst daarboven wordt stapsgewijs verlaagd van 25% naar 21% (in 2021). De tariefsverlagingen worden (deels) gefinancierd met een aantal grondslagverbredende maatregelen, zoals de beperking van verliesverrekeningstermijnen en afschrijvingsmogelijkheden op gebouwen.

Op (het historische verloop van) de relevante wetswijzigingen van de diverse rechtsregels wordt hierna in het onderzoek nader ingegaan als de regels in het desbetreffende hoofdstuk inhoudelijk worden behandeld.

3.2.3 Rechtsgrondslag

Het in kaart brengen en analyseren van een rechtsgrondslag van de vennootschapsbelasting is al door velen gedaan.²⁷⁹ Als rechtsgrondslagen voor de vennootschapsbelasting komen bijvoorbeeld naar voren de antropomorfe visie²⁸⁰, het beginsel van de bevoorrechte verkrijging²⁸¹, de van Grappenhuis afkomende term leer van het globale evenwicht²⁸², de compensatie-theorie van Zeven²⁸³ en Kaldor²⁸⁴, het profijtbeginsel en het buitenkansbeginsel.²⁸⁵ De regering voerde bij de parlementaire behandeling van de wet op de vennootschapsbelasting 1969 daarnaast als "rechtsgrondslag" aan dat de vennootschapsbelasting budgettair gesproken niet meer weg te denken valt.²⁸⁶ Ik ben het met Van der Geld eens dat dit niet zozeer een rechtsgrondslag is, maar een verklaring voor het feit dat er een vennootschapsbelasting bestaat.²⁸⁷ Over het algemeen is de conclusie dat er geen eenstemmigheid is over de rechtsgrondslag van de vennootschapsbelasting in Nederland.²⁸⁸

²⁷⁸ Kamerstukken II, 2004-2005, 30107, nr. 2.

²⁷⁹ Een mooi overzicht wordt onder andere gegeven in M.J.H. Smeets, Ontwikkeling van de belastingen op winsten van lichamen, WFR 1961/14.

²⁸⁰ Wat de inkomstenbelasting is voor natuurlijke personen, is de vennootschapsbelasting voor lichamen. Zie Leidraad bij het Besluit VPB 1942, paragraaf 1.

²⁸¹ W.J. de Langen, De grondbeginselen van het Nederlandse belastingrecht, Alphen a.d. Rijn, Samson NV, 1954, deel 1, blz. 155.

²⁸² F.H.M. Grappenhuis, De besloten NV fiscaal vergeleken met de persoonlijke ondernemer en met de open NV (dissertatie UvT), FED Amsterdam 1966.

²⁸³ H.A. Zeven, in zijn dissertatie getiteld *Belastingheffing van naamloze vennootschappen*, Haarlem: Tjeenk Willink 1941, blz. 33 t/m 37.

²⁸⁴ N. Kaldor, 'An expenditure tax', London: 1958, blz. 146.

²⁸⁵ Voor een uiteenzetting van deze rechtsgrondslagen verwijs ik naar *Cursus Belastingrecht onderdeel VPB 0.01.e*, Kluwer, 2014; J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Kluwer, FED fiscale studiereserie nr. 31, 9^e druk, Kluwer, 2013, paragraaf 2.2 en J. Verburg, *Vennootschapsbelasting, Fiscale Hand- en Studietoeken nr. 4* Kluwer, 2^e druk, 2000, paragraaf 1.1 en 1.8.

²⁸⁶ Verslag MO, Kamerstukken II, 1968-1969, 6000, nr. 25, vraag 3.

²⁸⁷ J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting FED fiscale studiereserie nr. 31*, 9^e druk, Kluwer, 2013, paragraaf 2.2.

²⁸⁸ Voor een uiteenzetting van deze rechtsgrondslagen verwijs ik naar *Cursus Belastingrecht onderdeel VPB 0.01.e*, Kluwer, 2014; J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting, FED fiscale studiereserie nr.*

Wat steeds terugkomt in de discussie over de rechtsgrondslag van de vennootschapsbelasting is de vraag wat de relatie is met de inkomstenbelasting (op die vraag ga ik in hoofdstuk 3.2.4 in) en de vraag wie de vennootschapsbelasting draagt. Verburg haalt diverse onderzoeken aan over de vraag wie de vennootschapsbelasting draagt en beschrijft opvattingen van auteurs en politici. Zijn conclusie is echter dat op de vraag, wie de vennootschapsbelasting draagt (ook) geen eenduidig antwoord is te geven.²⁸⁹

3.2.4 Relatie met de inkomstenbelasting

De vennootschapsbelasting kan niet los worden gezien van de inkomstenbelasting.²⁹⁰ Aangezien achter ieder lichaam uiteindelijk één of meerdere natuurlijke personen schuilen is deze relatie uiteraard niet vreemd. In de relatie met de inkomstenbelasting kan men twee uitersten onderscheiden.

- Men kan het lichaam zelfstandig bezien ten opzichte van de aandeelhouder(s); het gevolg daarvan is dat de vennootschapsbelasting bezien kan worden als een persoonlijke belasting van lichamen; een belasting die op zich dus niets van doen heeft met de inkomstenbelasting. In Nederland wordt dit ook wel het klassieke stelsel genoemd.
- Men kan het lichaam ook niet-zelfstandig bezien ten opzichte van de aandeelhouder(s), met andere woorden, het lichaam wordt dan als een verlengstuk van de aandeelhouder gezien. Er kan vervolgens op verschillende manieren (varianten) rekening worden gehouden met de dubbele belasting door aanpassingen aan de winstbelastingzijde of aanpassingen aan de inkomstenbelastingzijde.²⁹¹

Nederland kende vanaf invoering van de vennootschapsbelasting in 1940 tot 1 januari 1997 alleen het klassieke stelsel. Met de aanpassing van het aanmerkelijk belangregime in 1997 werd het klassieke stelsel losgelaten voor aanmerkelijk belanghouders. De inkomstenbelasting in Nederland wordt vanaf 2001 tot nu gekenmerkt door een zogenoemde analytische systematiek. In box 1 worden de inkomsten uit werk en woning belast, in box 2 de inkomsten uit een aanmerkelijk belang en in box 3 de inkomsten uit sparen en beleggen.²⁹² Onder de huidige wettelijke regels geldt het klassieke stelsel nog voor natuurlijke personen die hun belang in een lichaam houden door middel van hun persoonlijke (transparante) onderneming en met hun inkomsten uit dit belang in box 1 vallen (maximaal 52% tarief bij een inkomen van € 66.422). Op 10 oktober 2017 heeft de nieuwe regering het regeerakkoord voor de komende vier jaren bekend gemaakt, met daarin ook de nodige fiscale plannen. In de inkomstenbelasting wordt voorgesteld vanaf 1 januari 2019 nog maar twee tarieven te hanteren. Een laag tarief van 36,93% en een hoog tarief 49,5%. De tweede schijf met het hoge tarief vangt aan bij € 68.600.

Bij aanmerkelijk belanghouders wordt rekening gehouden met het feit dat er al vennootschapsbelasting wordt geheven, waardoor het tarief in de inkomstbelasting in box 2 op 25% is gesteld. De vennootschapsbelasting gecombineerd met het aanmerkelijk belang tarief bewerkstelligt een door de wetgever beoogde globale gelijkstelling met het progressieve inkomstenbelastingtarief voor natuurlijke personen-ondernemers. In het hierboven al genoemde regeerakkoord van 10 oktober 2017 is aangekondigd dat vanwege de verlaging van het vennootschapsbelastingtarief, het box 2 tarief wordt verhoogd naar 27,3% in 2020 en 28,5% vanaf 2021 met het oog op het "globaal evenwicht".

31, 9^e druk, Kluwer, 2013, paragraaf 2.2 en J.Verburg, Vennootschapsbelasting, Fiscale Handboeken nr. 4, 2000, paragraaf 1.1.

²⁸⁹ J. Verburg, Vennootschapsbelasting, Fiscale Handboeken nr. 4, 2000, paragraaf 1.3.

²⁹⁰ Verburg geeft bijvoorbeeld aan dat de crux van de vennootschapsbelasting niet in haar bestaan als zodanig schuilt, maar in de wijze waarop zij zich verhoudt tot de inkomstenbelasting. J. Verburg, Vennootschapsbelasting, Fiscale Handboeken nr. 4, 2000, paragraaf 1.2.

²⁹¹ Een bespreking van de verschillende varianten valt buiten het bestek van dit onderzoek. Voor een overzicht van de verschillende varianten verwijs ik naar J.A.G. van der Geld, Hoofdzaken vennootschapsbelasting, FED fiscale studieserie nr. 31, 9^e druk, Kluwer, 2013, paragraaf 2.1 en 2.2.

²⁹² Het beschrijven en in kaart brengen van de Nederlandse inkomstenbelasting valt buiten het bestek van mijn onderzoek. Voor een uitgebreide uiteenzetting verwijs ik naar E.J.W. Heithuis/P. Kavelaars/B.F. Schuver, Inkomstenbelasting: almede hoofdzaken loonbelasting, Kluwer, FED studie serie nr. 35, 12^e druk, 2016.

Aandeelhouders-natuurlijke personen met een belang van minder dan 5% worden in Nederland belast door een vermogensrendementsheffing met een tarief van 30% in box 3. De dubbele druk op inkomsten uit een lichaam is in veel gevallen substantieel lager zijn dan in box 1. Wetsystematisch blijft het klassieke stelsel mijns inziens nog gehandhaafd, omdat dit tarief geldt voor alle inkomsten uit vermogen.²⁹³

3.2.5 Discussiepunten over de vennootschapsbelasting als winstbelasting van lichamen en relatie met de inkomstenbelasting

Uit een analyse van wetgeving, parlementaire stukken, jurisprudentie en literatuur over de vennootschapsbelasting in het algemeen blijkt mijns inziens dat op hoofdlijnen de volgende discussiepunten kunnen worden gedestilleerd:

- Er is discussie over de rechtsgrondslag van de vennootschapsbelasting;
- De discussie over wel of geen invoering van een (rechtsvormneutrale) ondernemingswinstbelasting;
- In Nederland speelt de discussie over een grotere rol voor gemeentelijke belastingen en een interessante vraag daarbij is of (her)invoering van een gemeentelijke ondernemingsbelasting zoals de Duitse *Gewerbsteuer* aanbevelenswaardig is?²⁹⁴

Deze discussiepunten zal ik hieronder nader uitwerken en toetsen aan mijn in hoofdstuk 1.3.2.4 besproken toetsingskader, namelijk aan de i. fiscaal-beleidsanalytische toets, ii. fiscaal-juridische toets, iii. fiscaal-wetstechnische toets en iv. internationale/Europese fiscale ontwikkelingentoets. Ik besteed met name aandacht aan de toetsen waaraan niet of in mindere mate is voldaan. Daarnaast ga ik in op de verschillende overwegingen rondom de bovenstaande discussiepunten en geef ik mijn eigen mening over (toekomstige oplossingsrichtingen van) de discussiepunten. Vervolgens zal ik in het resterende deel van het hoofdstuk onderzoeken of Duitsland een oplossing of benadering heeft die aanbevelenswaardig is of kan zijn voor de vennootschapsbelasting ten aanzien van deze discussiepunten. Deze onderzoeksmethode en opzet zal ik ook in de resterende rechtsvergelijkende hoofdstukken hanteren.

3.2.5.1 Geen eenduidige rechtsgrondslag

Uit hoofdstuk 3.2.3 is gebleken dat Nederland worstelt met de rechtsgrondslag van de vennootschapsbelasting. Uit de parlementaire stukken, jurisprudentie en literatuur blijkt dat er geen eenduidige (overtuigende) rechtsgrondslag is. De Langen geeft aan dat "bij geen heffing de worsteling om de rechtsgrond bloot te leggen zo hevig is geweest als hier".²⁹⁵ Verburg vindt dat erkend moet worden dat van een gave, algemeen aanvaarde rechtsgrond voor de vennootschapsbelasting geen sprake is. Dit werd volgens hem ook in de Memorie van antwoord behorend bij het wetsontwerp VPB 1969 beaamd.²⁹⁶ Ook Van der Geld geeft aan dat er voor onze VPB in haar huidige vorm geen overtuigende rechtsgrondslag is te vinden.²⁹⁷ Tot slot wijs ik op Essers, die net als de andere auteurs van mening is dat de vennootschapsbelasting geen eenduidige rechtsgrondslag heeft. Ik ben het met hem eens dat *de complementaire functie* van de vennootschapsbelasting het enige is dat min of meer vaststaat, zijnde het voorkomen dat geen belasting wordt geheven over winsten die niet rechtstreeks toevallen aan ondernemers/natuurlijke personen.²⁹⁸ De staatssecretaris heeft de bestaansreden van de vennootschapsbelasting recentelijk

²⁹³ Hierover kan ook anders worden gedacht, zie cursus Belastingrecht, onderdeel Vpb.0.0.1.d3.III.

²⁹⁴ Het laatste punt is niet zozeer een discussiepunt vanuit Nederlands perspectief, maar vloeit voort uit het feit dat Duitsland een dergelijke gemeentelijke ondernemingsbelasting kent en Nederland niet.

²⁹⁵ W.J. de Langen, Over de rechtsgrond van belastingen en die van belastingen op de NV in het bijzonder, WPNR 1949, blz. 381-382.

²⁹⁶ J. Verburg, Vennootschapsbelasting, Fiscale Handboeken nr. 4, 2000, paragraaf 1.8.

²⁹⁷ J.A.G. van der Geld, Trends in de VPB-heffing in Nederland, TFO 2008/182, paragraaf 2.

²⁹⁸ Zie O.A.W.J. Janssen, Verslag oratie Prof. Dr. P.H.J. Essers, WFR 1992/931, paragraaf 5.4. Ook Snel concludeert dat de enige rechtvaardigingsgrond voor de vennootschapsbelasting in haar huidige vorm bestaat uit een, om praktische redenen, noodzakelijke aanvullende heffing naast de inkomstenbelasting.

nog in gelijke zin verwoord. In de fiscale beleidsagenda voor de jaren 2018-2021 geeft hij aan dat de bestaansreden wordt ontleend aan de functie die wordt vervuld, namelijk het belasten van ondernemingswinsten die als zodanig niet rechtstreeks in de inkomstenbelasting worden betrokken. De vennootschapsbelasting is derhalve complementair aan de inkomstenbelasting: uiteindelijk betalen mensen belasting, aldus de bewindsman.²⁹⁹

Het ontbreken van een duidelijke rechtsgrondslag voor de vennootschapsbelasting zorgt er mijns inziens voor dat niet voldaan is aan de fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader. Onder die eis versta ik mede dat van een wettelijke regeling de daaraan ten grondslag liggende doelstellingen helder en volledig moeten worden geformuleerd. Dit lijkt mij niet het geval als een overtuigende rechtsgrondslag voor de belasting als geheel ontbreekt. Samenhangend met het gebrek aan een eenduidige rechtsgrondslag voor de vennootschapsbelasting is mijns inziens de discussie over de invoering van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting. Dit zou mijns inziens ook een oplossing kunnen zijn voor het ontbreken van een eenduidige rechtsgrondslag voor de vennootschapsbelasting. In de volgende paragraaf ga ik daar nader op in.

3.2.5.2 *Rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting*

Nederland kent geen (rechtsvormneutrale) ondernemingswinstbelasting. Aan initiatieven, ideeën, varianten en voorstellen hieromtrent is er geen gebrek.³⁰⁰ De meest genoemde voordelen van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting zijn dat het stelsel neutraal is ten opzichte van de rechtsvorm waarin de onderneming gedreven wordt, leidt tot meer neutraliteit ten aanzien van de financiering met eigen of vreemd vermogen (VPB wordt uiteindelijk verrekend met de IB), er recht wordt gedaan aan de functies van winstinkomen en het stelsel eenvoudiger zal worden. Dat laatste is mijns inziens nog maar de vraag, aangezien ingewikkeldheid pas fors pleegt toe te nemen bij de uitwerking in detail van regelingen.

Er kan een onderscheid gemaakt worden tussen statische neutraliteit en dynamische neutraliteit. Bij statische neutraliteit wordt gekeken welke rechtsvormen er zoal zijn en is het streven die (fiscaal) neutraal te behandelen. Bij dynamische neutraliteit is het streven dat als je in een bepaalde rechtsvorm zit en die bevalt niet, het fiscaal mogelijk is geruisloos naar een andere te kunnen overgaan.³⁰¹ Mijns inziens is er in de Nederlandse wetgeving wel aandacht voor dynamische neutraliteit. Zo zijn er fiscale faciliteiten als een ondernemer natuurlijk persoon zijn onderneming inbrengt in een BV, bij een terugkeer uit de BV, bij rechtsomzettingen en bij fusies en splitsingen. Onder voorwaarden hoeft er niet te worden afgerekend en de fiscale claim blijft behouden voor de fiscus. In hoofdstuk 10 ga ik uitgebreid in op de dynamische neutraliteit bij fusie en splitsingen.

De Nederlandse wetgever heeft tot op heden echter geen gehoor gegeven aan de diverse oproepen vanuit (met name) de wetenschap om te zorgen voor statische (rechtsvorm)neutraliteit. De wetgever streeft naar een globaal evenwicht (belastingdruk) tussen de ondernemer natuurlijk persoon in box 1 en de directeur-groootaandeelhouder die zijn onderneming door middel van een rechtspersoon uitoefent en belast wordt met vennootschapsbelasting, te maken krijgt met de gebruikelijkloonregeling en bij dividenduitkering met box 2-heffing.³⁰² Beneden een bepaald

F.P.J. Snel, Van moeders en dochters, systemen ter voorkoming van cumulatie van vennootschapstax in deelnemingsituaties, SDU Amersfoort, 2005, blz. 46.

²⁹⁹ Brief staatssecretaris, 23 februari 2018, kenmerk 2018-0000027221, Fiscale beleidsagenda, V-N 2018/14.1.

³⁰⁰ Ik verwijs naar bijvoorbeeld J.E.A.M. van Dijck, Belastingheffing van ondernemingen ongeacht de rechtsvorm, WFR 1988/661. P.H.J. Essers, Knelpunten bij de hervorming van de belastingheffing van ondernemingen, Kluwer 1992. A.C. Rijkers, bijlage 2 bij het Advies inzake een ondernemingswinstbelasting van de Raad voor het midden- en kleinbedrijf, Den Haag, 1995. S.J. Mol-Verver, De ondernemingswinstbelasting, Fiscaal wetenschappelijke reeks nr. 10, SDU, 2008 en Studiecommissie belastingstelsel, rapport continuïteit en vernieuwing, blz. 96 e.v.

³⁰¹ Zie hierover ook G. van Solinge e.a., Modernisering personenvennootschappen (Serie Van der Heijden Instituut nr. 137), Bijlage I Verslag van de discussie.

³⁰² Men kan zich afvragen of de wetgever ook het verschil in belastingdruk tussen zelfstandigen en werknemers meer in ogenschouw zou moeten nemen. Ik ben van mening dat de belastingdruk tussen deze twee groepen in

omslagpunt is de ondernemer natuurlijk persoon fiscaal gezien beter af en daarboven kan fiscaal gezien de onderneming beter gedreven worden door middel van een kapitaalvennootschap. Het omslagpunt is afhankelijk van verschillende factoren, zoals de hoogte van de winst, het gebruikelijk loon, de van toepassing zijnde (progressieve) tarieven, de relatief vele fiscale faciliteiten en of er wel of niet winst wordt uitgekeerd.³⁰³ Dit streven naar globaal evenwicht is dus niet hetzelfde als een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting. Het ontbreken in Nederland van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting zou mijns inziens gezien kunnen worden als het in mindere mate voldoen aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader. Er wordt immers in mindere mate voldaan aan het gelijkheidsbeginsel en het neutraliteitsbeginsel. Ervan uitgaande dat belastingen tot verstoringen in de economie leiden en dat een rechtsvormkeuze niet zou mogen afhangen van hoeveel belasting er moet worden betaald, zou de wetgever moeten streven naar rechtsvormneutraliteit ten aanzien van belastingen.³⁰⁴ Uit een CPB-onderzoek blijkt echter dat de relevantie van fiscale motieven bij de rechtsvormkeuze niet moeten worden overschat.³⁰⁵ Op basis van gegevens tussen 2007 en 2014 blijkt dat ondernemers zelden van rechtsvorm veranderen en dat de eerste keuze voor een rechtsvorm vaak de definitieve keuze is.

De laatste keren dat een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting politiek ter sprake kwam, was in de notitie "Fiscaal bevorderen ondernemerschap" in 2010 en de discussie in 2013 en 2014 over de invoering van een rechtsvormneutrale winstbox. In 2010 is door het kabinet opgemerkt dat een ondernemingswinstbelasting als een mogelijke optie voor de langere termijn wordt gezien. Dit zou moeten gebeuren in kleine stapjes, waarbij de verdelingseffecten moeten worden uitgesmeerd in de tijd.³⁰⁶ Een vervolg hierop bleef echter uit en ook het plan voor invoering van een winstbox staat alweer in de ijskast. Volgens Essers komt dat omdat belangenorganisaties erg terughoudend zijn om het palet aan ondernemingsfaciliteiten dat thans beschikbaar is in te ruilen voor een alternatief waarvan ze niet weten wat dat uiteindelijk aan lastendruk voor hun leden gaat betekenen.³⁰⁷ Daarnaast merkt Essers op dat vanuit het departement van Financiën de optie van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting elke keer trouw wordt genoemd, maar dat er iedere

de loop der jaren wel heel erg uiteen is gaan lopen. Zelfstandigen hebben naast de ondernemersfaciliteiten ook de mogelijkheid om daadwerkelijk gemaakte kosten in aftrek van hun winst (inkomen) te brengen. Werknemers hebben én geen recht op ondernemersfaciliteiten én ook geen recht op aftrek van gemaakte arbeidskosten. Ik werk dit punt verder niet uit, maar verwijs naar bijvoorbeeld C.A. de Kam, Belastingdruk van zelfstandigen en werknemers: globaal evenwicht? WFR 2009/640, J.F.M. Gielen, Belastingdruk op zelfstandigen en werknemers, NTFR 2009/1155 en H. Dollen, Toekomst van de ondernemersfaciliteiten in de inkomstenbelasting, WFR 2009/605. H. Vording, Fiscale beleidsnotities 2018, WFR 2017/191, paragraaf 3 en E. Swaving Dijkstra, De fiscale wig tussen zelfstandigen en werknemers; snoeien in het smulbos? WFR 2017/212.

³⁰³ Zie voor een recente discussie over dit onderwerp R.P. van den Dool, Globaal evenwicht tussen dga en ondernemer, TFO 2017/150.2. De auteur komt na uiteenzetting van verschillende oplossingsrichtingen zelf tot de conclusie dat ondernemers in de inkomstenbelasting anders dienen te worden belast. Hun winst moet worden gesplitst in een arbeidsbeloning en in vermogensinkomsten. Splitsing moet plaatsvinden door de winst te verminderen met een normrendement gelijk aan het hoogste box 3 rendement. Dit deel van de winst moet worden belast tegen het tarief van box 3. Het restant van de winst moet worden belast als reguliere arbeidsbeloning. Ondernemersaftrek en MKB-winstvrijstelling kunnen dan volgens de auteur vervallen.

³⁰⁴ Vergelijk P.C. van der Vegt, Enkele hoofdlijnen van een meer beginselmatige en neutrale wet op de vennootschapsbelasting, WFR 2012/340, paragraaf 2. Hij beschrijft het neutraliteitsbeginsel als de wens dat de door de vennootschapsbelasting (en belastingen in het algemeen) in het leven geroepen distorties tot een minimum worden beperkt. Daarbij merkt hij op dat neutraliteit een belangrijk streven is, maar volgens hem nimmer ten volle kan worden bereikt, gezien de versturende economische effecten die belastingen naar hun aard teweegbrengen. Voor een uitgebreide Duitse uiteenzetting zie F. Wagner, Was bedeutet und wozu dient Rechtsformneutralität der Unternehmensbesteuerung? StuW 2/2006, blz. 101-114.

³⁰⁵ N. Bosch / A. Lejour, Fiscaliteit en de rechtsvorm van ondernemingen, CPB Policy Brief 2017/12.

³⁰⁶ Kamerstukken II, 2009-2010, 32128, nr. 3, blz. 90 en 91.

³⁰⁷ P.H.J. Essers, De fiscale positie van de IB-ondernemer, verleden, heden en toekomst, TFO 2008/147. Alhoewel dit artikel begin januari 2009 is gepubliceerd denk ik dat deze zienswijze nog steeds opgeld doet.

keer kanttekeningen worden geplaatst en een warm pleidooi ontbreekt. Jansen laat zich in gelijke bewoordingen uit. Jansen geeft aan dat het standpunt van de Commissie Van Weeghel,³⁰⁸ die geen voorstander is van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting, vooral lijkt te zijn ingegeven door ambtelijk Financiën dat niet echt serieus wil kijken naar de introductie van een ondernemingswinstbelasting.³⁰⁹ De Commissie Van Weeghel is geen voorstander van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting omdat een dergelijke belasting af zou wijken van de juridische realiteit en daardoor een complex stelsel nodig zou zijn. Daarnaast zouden er internationaal gezien de nodige problemen ontstaan als Nederland een dergelijke rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting alleen zou invoeren.³¹⁰ Tot slot is een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting afgewezen omdat dit zou leiden tot een lastenverzwaring voor kleine ondernemers³¹¹ en eventuele negatieve budgettaire gevolgen zou hebben.³¹²

De hierboven geschetste voordelen van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting wegen mijns inziens zwaarder dan de nadelen. Met name dat er met een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting recht wordt gedaan aan de functies van winstinkomen en ons stelsel fiscaal robuuster en transparanter zal worden doordat alle ondernemersfaciliteiten geschrapt kunnen worden spreken mij aan.³¹³ Daarnaast wordt mijns inziens de sterke relatie met de inkomstenbelasting beter erkend en zorgt dit voor een betere rechtsgrondslag om belasting te heffen van ondernemingen (waaronder lichamen). Mocht een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting (op korte termijn) niet haalbaar zijn, dan zou er mijns inziens op zijn minst gestreefd moeten worden naar dynamische rechtsvormneutraliteit. Daarmee bedoel ik consistente en gestructureerde rechtsregels omtrent rechtsvormwijzigingen en omzettingen. Met andere woorden, er mag geen fiscale belemmering zijn bij een rechtsvormwijziging. In hoofdstuk 10 komt dit aspect nadrukkelijk aan de orde.

3.2.5.3 Grotere rol voor gemeentelijke belastingen (invoering van een Gewerbesteuer?)

Eind 2014 is in Nederland een discussie opgelaaid of er meer heffingsbevoegdheden op gemeentelijke niveau neergelegd zouden moeten worden. Nederland heeft het laagste aandeel decentrale belastingen van de OESO-landen. Gezien de grotere rol die de gemeenten na de decentralisaties de afgelopen jaren spelen, zou het volgens de staatssecretaris passen om de gemeente zelf meer heffingsbevoegdheden te geven en minder uit te keren vanuit het gemeentefonds.³¹⁴ In de novelle bij het belastingplan 2016 geeft de staatssecretaris aan dat *“het kabinet nog voor de zomer van 2016 met een voorontwerp van een wetsvoorstel zal komen dat als basis kan dienen voor een wetsvoorstel om vanaf 2019 een verschuiving te realiseren van de inkomstenbelasting naar het gemeentelijke belastinggebied van 4 miljard.”*³¹⁵ Het is volgens de bewindvoerders de bedoeling dat de belastingdruk als geheel niet stijgt. De meest concrete plannen om te bewerkstelligen dat gemeentelijke belastingen een grotere rol krijgen is de invoering van een gemeentelijke ingezetenenheffing en een onroerendezaakbelasting voor gebruikers van woningen. Een aantal kleinere gemeentelijke belastingen (zoals bijvoorbeeld de

³⁰⁸ Zie het op 7 april 2010 gepubliceerde rapport “continuïteit en vernieuwing”, nr. NB07042010.

³⁰⁹ J.J.M. Jansen, Ondernemers in 2011, MBB 2011/01, paragraaf 4.3.

³¹⁰ Studiecommissie belastingstelsel, rapport continuïteit en vernieuwing, blz. 96 e.v. Op deze zienswijze is de nodige kritiek gekomen, zie bijvoorbeeld G.T.K. Meussen, De belastingheffing van ondernemers in de voorstellen van de commissie-Van Weeghel, WFR 2010/772, paragraaf 3, P.H.J. Essers, Rechtsvormneutraliteit, TFO 2011/3, paragraaf 4 en E. J.W. Heithuis, Toch maar wel die ondernemingswinstbelasting, NTFR 2010/1843, blz. 3.

³¹¹ Kamerstukken, 2004-2005, 30.107, nota werken aan winst, blz. 20.

³¹² Kamerstukken, 1959-1960, 5.380, invoering van de wet IB 1964, blz. 17.

³¹³ Dit zou er mijns inziens ook toe leiden dat het verschil in belastingdruk tussen zelfstandigen en werknemers meer in ogenschouw genomen en gelijk getrokken wordt.

³¹⁴ Brief staatssecretaris van Financiën 16 september 2014, nr. AFP/2014/780, blz. 20-21.

³¹⁵ Kamerbrief novelle belastingplan 2016, 8 december 2015, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2015/12/08/kamerbrief-novelle-belastingplan-2016>.

hondenbelasting) zou moeten worden afgeschaft. De verschuiving van de loonbelasting/inkomstenbelasting naar het gemeentelijk belastinggebied is met name een wens van het kabinet (om zo meer banen te kunnen scheppen). Voor de gemeenten zou een uitbreiding van de fiscale autonomie (meer inkomsten uit eigen heffingen) aan de ene kant een pluspunt betekenen. Aan de andere kant moeten gemeenten dezelfde taken uitvoeren, krijgen ze minder uitkering (gegarandeerde opbrengst) uit het gemeentefonds en is het de bedoeling dat kleine heffingen worden afgeschaft. Het komt mij voor dat de prijs voor meer fiscale autonomie door gemeenten duur betaald wordt. Lokale heffingen zijn vaak gebaseerd op het profijtbeginsel dan wel het kostenveroorzakingsbeginsel en juist de kleine heffingen (waarvan het plan is om die af te schaffen) kunnen zorgen voor maatwerk in gemeenten. Als de verschuiving in de toekomst doorgang vindt, zal mijns inziens daarnaast bij de toekomstige invulling veel aandacht moeten worden besteed hoe een en ander aan de burger wordt gecommuniceerd.³¹⁶ Het lijkt mij dat het effect van een lagere loonbelasting / inkomstenbelasting op het oog minder voor de burger zichtbaar zal zijn dan het effect van een verhoging van de gemeentelijke belastingen.

De huidige, relatief kleine, rol voor gemeenten op het belastinggebied kan mijns inziens gezien worden als een mogelijke inbreuk op de subsidiariteit- en evenredigheidsbeginselen uit de nota Zicht op wetgeving (onderdeel van de fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader). Deze eis houdt onder meer in dat, waar mogelijk, verantwoordelijkheden moeten worden gelaten of gelegd bij de decentrale overheden en maatschappelijke organisaties. Deze kwaliteitseis kan mijns inziens echter ook betekenen dat de verantwoordelijkheid wel op het juiste niveau ligt of op supranationaal niveau (EU niveau) gelegd zou moeten worden.

Nederland kent op dit moment een gesloten stelsel van gemeentelijke belastingen. Dit betekent dat gemeenten alleen bevoegd zijn belastingen in te voeren die aan gemeenten zijn toegekend in een wet.³¹⁷ Er geldt voor gemeenten een verbod op het heffen naar draagkracht, dat aan het Rijk is voorbehouden. Voor zover bij mij bekend, is er op dit moment geen (politieke of maatschappelijke) discussie over de vraag of er een gemeentelijke bedrijfsbelasting (zoals de *Gewerbesteuer*) zou moeten worden ingevoerd in Nederland. Dat neemt niet weg dat het mijns inziens interessant is om te onderzoeken of een Duitse *Gewerbesteuer* (zie hoofdstuk 3.3.1.2) als zodanig iets voor Nederland zou kunnen zijn.³¹⁸ Alhoewel het gesloten stelsel van gemeentelijke belastingen er op dit moment voor zorgt dat het niet mogelijk is een (equivalent van een) *Gewerbesteuer* in te voeren, zou de aangekondigde verruiming van het gemeentelijk belastinggebied daar verandering in kunnen brengen. Uit hoofdstuk 3.2.2 is gebleken dat Nederland een soort *Gewerbesteuer* kende in de periode 1942-1950. Ik heb derhalve eerst onderzocht met welke argumenten de belasting in 1950 werd afgeschaft.

Ondernemingsbelasting in Nederland (1942-1950)

Al vanaf de invoering in 1942 had het Nederlandse bedrijfsleven heftige kritiek op de op Duitse leest geschoelde *Gewerbesteuer*. Het bedrijfsleven kreeg te maken met een verzwaring van de belastingdruk, omdat de belasting bovenop de heffing van inkomsten- en vennootschapsbelasting kwam. Bovendien was de *Gewerbesteuer* zo vormgegeven dat de heffing over het bedrijfskapitaal altijd plaatsvond, ook al maakte de ondernemer helemaal geen winst.³¹⁹ In 1950 werd de ondernemingsbelasting afgeschaft. De belangrijkste argumenten voor het afschaffen van de

³¹⁶ Voor een uitgebreide kritische beschouwing op het huidige gemeentelijke belastinggebied en de toekomstplannen van de staatssecretaris hieromtrent zie J.A. Monsma/A.P. Monsma, 'Is een ingrijpende herziening van het gemeentelijk belastinggebied opportuun?' WFR 2017/157; J.A. Monsma, Een groter gemeentelijk belastinggebied: doel of middel? WFR 2016/166; L. Stevens, Willen we wel uitbreiding van de lokale heffingsbevoegdheid? WFR 2016/176; P. Kavelaars, Meer of minder...? WFR 2016/08.

³¹⁷ M.P. van der Burg/G. Groenewegen, Gemeentelijke belastingheffing van ondernemingen, Kluwer 2006, blz. 23.

³¹⁸ Zie hierover ook A.J.A. Stevens, De Duitse *Gewerbesteuer* - anomalie in het veelkleurige land van de gemeentelijke belastingen? In: Lofzang op lokale heffingen (Monsma-bundel), SDU Uitgevers (2009).

³¹⁹ J.M.M.J. Clerx, De afschaffing van de ondernemingsbelasting, MBB 1991/189.

ondernemingsbelasting in Nederland die tijdens het parlementaire proces destijds voorbij kwamen, waren:³²⁰

- Het stimuleren van investeringen. De ondernemingsbelasting moet worden afgeschaft met het oog op de industrialisatiepolitiek en het daarvoor benodigde risicodragend kapitaal. Er was een fiscale politiek nodig die de investeringen stimuleerde, waardoor de productie en de werkgelegenheid werden bevorderd.
- Het ontbreken van een duidelijke rechtsgrond. Het doel van de Duitse bezetter zou alleen zijn geweest de Nederlandse ondernemer hetzelfde te behandelen als de Duitse ondernemer, hetgeen niet als goede rechtsgrond werd gezien.
- De *Gewerbsteuer* werd vanuit verschillende politieke hoeken als maatschappelijk onrechtvaardig beschouwd. De belasting belemmerde het ondernemersinitiatief en volgens vele Kamerleden bestond er strijdigheid met het draagkrachtsbeginsel, omdat de belasting een degressieve werking kende (de ondernemingsbelasting was aftrekbaar van de progressieve inkomsten- en vennootschapsbelasting) en er ook heffing kon voorkomen als er geen winst werd gemaakt.
- Afschaffen zou leiden tot een vereenvoudiging van het belastingstelsel (de ondernemingsbelasting werd als gecompliceerd ervaren).

Het belangrijkste argument voor het niet-afschaffen van de *Gewerbsteuer* was het budgettaire verlies voor de schatkist. Ook werd aan de orde gesteld of het afschaffen van de belasting wel het gewenste economische effect zou hebben en werd er gewezen naar andere landen (Frankrijk, België en Duitsland) die wel een ondernemingsbelasting kenden.³²¹

3.3 Duitsland

3.3.1 Huidige winstbelasting van lichamen en tarief

De winstbelasting van lichamen in Duitsland is het *Körperschaftsteuer* (vergelijkbaar met de Nederlandse vennootschapsbelasting). In Duitsland heeft een lichaam naast de *Körperschaftsteuer* te maken met de *Gewerbsteuer* (ondernemingsbelasting) en voor het bepalen van de uiteindelijke belastingdruk voor lichamen moet ook rekening worden gehouden met de *Solidaritätszuschlag* (solidariteitsheffing).

3.3.1.1 *Körperschaftsteuer*

Körperschaftsteuer wordt geheven uit naam van de *Körperschaftsteuergesetz* (KStG). In §1, Abs.1 KStG worden de lichamen genoemd die vennootschapsbelastingplichtig zijn. De subjectieve belastingplicht en het object van heffing wordt in de volgende hoofdstukken uitgebreid besproken en vergeleken met Nederland. Het Duitse nominale *Körperschaftsteuertarief* bedraagt op 1 januari 2018 15% (§23, Abs.1 KStG). In het op 7 februari 2018 gepubliceerde regeerakkoord van de nieuwe regering CDU/CSU en SPD zijn geen plannen opgenomen het tarief aan te passen.³²²

Van praktisch belang zijn de *Körperschaftsteuer-richtlinien* (KStR).³²³ Dit zijn richtlijnen voor de Duitse Belastingdienst met daarin nadere uitleg en toelichting die een uniforme behandeling van het *Körperschaftsteuer*-recht moet waarborgen.³²⁴ De richtlijn is voor de Belastingdienst bindend. De

³²⁰ Ontleend aan J.M.M.J. Clerx, De afschaffing van de ondernemingsbelasting, MBB 1991/189 die verwijst naar HTK 1948-1949, Bijl. 1251, nr. 6, VV, blz. 24 en HTK 1948-1949, blz. 1640 e.v.

³²¹ Deze argumenten werden naar voren gebracht door H.J. Hofstra, die zelfs een amendement indiende (HTK 1949-1950, Bijl. 1251, nr. 20-II) dat beoogde de ondernemingsbelasting te handhaven. Zie J.M.M.J. Clerx, De afschaffing van de ondernemingsbelasting, MBB 1991/189 die verwijst naar HTK 1948-1949, blz. 1613.

³²² Koalitionsvertrag CDU, CSU und SPD, 7 februari 2018, "Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land".

³²³ De laatste versie KStR 2015 is op 14 april 2016 in werking getreden en heeft de vorige versie uit 2004 vervangen.

³²⁴ Bij de inleiding van de KStR 2015 staat het doel van de richtlijn: "Die Körperschaftsteuer-Richtlinien 2015 (KStR 2015) behandeln Anwendungs- und Auslegungsfragen von allgemeiner Bedeutung, um eine einheitliche Anwendung des Körperschaftsteuerrechts durch die Behörden der Finanzverwaltung sicherzustellen. Sie

richtlijn is niet bindend voor de belastingplichtige of rechter, omdat het geen wettelijke voorschriften zijn, maar aanwijzingen voor de *Finanzverwaltung*.

3.3.1.2 Gewerbesteuer

Lichamen die een activiteit (*Gewerbetrieb*) in Duitsland uitoefenen zijn *Gewerbesteuer* verschuldigd. De *Gewerbesteuer* is een gemeentelijke ondernemingsbelasting, waarbij belasting over het object wordt geheven.³²⁵ Het voorwerp van belastingheffing is niet de ondernemer of vennootschap zelf maar de ondernemingsactiviteit als zodanig. *Gewerbesteuer* wordt geheven uit hoofde van het *Gewerbesteuergesetz* (*GewStG*). Als een onderneming meerdere activiteiten (*Betriebstätte*, "vaste inrichtingen") in verschillende gemeenten heeft, dan wordt de winst aan de hand van loonsommen verdeeld over de verschillende gemeenten (*Zerlegung*, §2, Abs.1 *GewStG* en §29 *GewStG*). Kapitaalvennootschappen zijn op grond van een fictie altijd onderworpen aan de *Gewerbesteuer* (§2, Abs.1 *GewStG*). Aangezien de *Gewerbesteuer* aansluit bij het object is deze niet alleen op lichamen van toepassing die vergelijkbaar zijn met de subjectief aan vennootschapsbelasting onderworpen lichamen in Nederland, maar ook op bijvoorbeeld eenmanszaken of personenvennootschappen. De *Gewerbesteuer* werkt dus in die zin rechtsvormneutraal uit. Beroepsbeoefenaars, zoals (zelfstandige) belastingadviseurs, notarissen en advocaten zijn niet onderworpen aan de *Gewerbesteuer*. Aangenomen wordt dat zij geen bedrijf hebben, maar een zelfstandig beroep. Zij zouden minder gebruik maken van de openbare infrastructuur.³²⁶ De *Gewerbesteuer* streeft naast rechtsvormneutraliteit ook naar financieringsneutraliteit. Dit wordt bewerkstelligd door financierings- en huurlasten maar gedeeltelijk in aftrek toe te laten (§8, Abs.1 *GewStG*).

De belastinggrondslag in de *Gewerbesteuer* wordt bepaald door de belastinggrondslag voor de *Körperschaftsteuer* (en/of *Einkommensteuer*) als uitgangspunt te nemen. Vervolgens vindt er een aantal correcties plaats (*Hinzurechnungen* en *Kürzungen*, §8 en §9 *GewStG*). De *Hinzurechnungen* zorgen ervoor dat de hierboven al aangeduide financierings- en huurlasten voor de *Gewerbesteuer* maar gedeeltelijk in aftrek worden gelaten. Bij *Kürzungen* gaat het in bijzonder om toepassing van objectvrijstellingen (buitenlandse winst elimineren en toepassing van de deelnemingsvrijstelling). Tot de wetwijzigingen in 2008 (*Unternehmensteuerreform 2008*) was de *Gewerbesteuer* aftrekbaar bij de berekening van de winst voor de *Einkommensteuer*, *Körperschaftsteuer* en voor de *Gewerbesteuer* zelf, hetgeen het objectieve karakter van de *Gewerbesteuer* weergeeft. Deze aftrekbaarheid is bij de genoemde belastinghervorming echter afgeschaft als grondslagverbredende maatregel. Het gevolg hiervan is dat de *Gewerbesteuer* politiek en financieel gezien een nog belangrijkere positie heeft gekregen voor gemeenten. Het bij de *Gewerbesteuer* van toepassing zijnde tarief wordt per gemeente afzonderlijk vastgesteld. Het tarief van de *Gewerbesteuer* wordt bepaald door het zogenoemde *Steuermesszahl* en de *Hebesatz*. Het *Steuermesszahl* (§11, Abs. 2 *GewStG*) wordt vastgesteld door de staat; deze bedraagt per 1 januari 2018 3,5%. De gemeente kan de *Hebesatz* (§16 *GewStG*) zelf vaststellen; afhankelijk van de gemeente waar het lichaam is gevestigd varieert deze tussen de 200% en 500%.³²⁷ Het uiteindelijke *Gewerbesteuer*tarief ligt daardoor ergens tussen de 7% en 17,5%. Voor berekeningen van de belastingdruk wordt vaak (als gemiddelde) een tarief van 14% genomen.

De *Gewerbesteuer* vormt voor Duitse gemeenten de belangrijkste inkomstenbron en is dus (economisch en) budgettair gezien enorm belangrijk. EY geeft als voornaamste reden voor de *Gewerbesteuer* de vaste verankering in het Duitse belastingstelsel en de relatieve garantie voor de

geben außerdem zur Vermeidung unbilliger Härten und aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung Anweisungen an die Finanzämter, wie in bestimmten Fällen verfahren werden soll."

³²⁵ De *Gewerbesteuer* wordt ook wel "Realsteuer", "Sachsteuer", of "Objektsteuer" genoemd.

³²⁶ Het *Bundesverfassungsgericht* oordeelde dat het niet belasten van *Gewerbesteuer* van beroepsbeoefenaars niet in strijd is met de Grondwet (*Bundesverfassungsgericht*, 15-01-2008, 1 BvL 2/04 BVerfGE 120, 1).

³²⁷ Sinds 2003 geldt een minimum-Hebesatz van 200%. Deze is ingevoerd, omdat sommige gemeenten een Hebesatz van 0% hanteerden, waaronder - het door het zijn van een *Gewerbesteuer* oase bekend geworden - Norderfriedrichskoog.

kapitaalkrachtigheid van de gemeenten.³²⁸ Het is mij opgevallen dat men in de wetenschap met name zeer negatief is over de (huidige invulling van de) *Gewerbsteuer*. Tipke schrijft bijvoorbeeld dat geen enkele andere belasting over de jaren in Duitsland zo zwaar bekritiseerd is als de *Gewerbsteuer*.³²⁹ De voornaamste kritiekpunten op de *Gewerbsteuer* die ik tegenkwam, zijn³³⁰:

- De *Gewerbsteuer* kent geen duidelijke rechtsgrondslag (de rechtsgrondslag van de *Gewerbsteuer* wordt nader toegelicht in hoofdstuk 3.3.3), met name waarom op gemeentelijke niveau zou moeten worden geheven. De zogenoemde *Fundustheorie*³³¹ wordt als achterhaald beschouwd en het *Äquivalenzprinzip* wordt niet geschikt geacht als grondslag voor de huidige vormgeving van de *Gewerbsteuer*. Het principe zou te vaag zijn om een belastingheffing op het concrete gebruik van openbare middelen te waarborgen. Infrastructurele voorzieningen van de gemeenten worden niet alleen door commerciële bedrijven gebruikt, zodat alle (als ondernemers actieve) burgers een *Gewerbsteuer* zouden dienen te betalen.³³²
- Systematisch mankeert er veel aan de *Gewerbsteuer*. Zo wordt bekritiseerd dat de gedeeltelijke *Hinzurechnung* van rente in strijd is met het karakter van een objectbelasting.³³³
- Doordat de financierings- en huurlasten maar gedeeltelijk in aftrek worden toegelaten, maakt de *Gewerbsteuer* inbreuk op één van de belangrijkste beginselen in het Duitse belastingrecht, namelijk het *Nettoprinzip*.³³⁴ Dit principe houdt in dat zowel uitgaven als verliezen die in direct economisch verband staan met het verkrijgen van inkomsten, van de berekeningsgrondslag van de belasting moeten worden afgetrokken, omdat zij het prestatievermogen van het belastingsubject doen afnemen.³³⁵
- De *Gewerbsteuer* zou in strijd zijn met de Duitse grondwet ("*Verfassung*"). Alhoewel het Duitse *Bundesverfassungsgericht* uiteindelijk oordeelde dat de *Gewerbsteuer* geen inbreuk maakt op het gelijkheidsbeginsel,³³⁶ kan men daar ook anders over denken aangezien de *Gewerbsteuer* bijvoorbeeld niet van toepassing is op de vrije beroepsbeoefenaren.³³⁷
- De *Gewerbsteuer* leidt niet tot een stabiele inkomensbron voor de Duitse gemeenten. De *Gewerbsteuer* is gevoelig voor conjuncturele schommelingen. In economische slechte tijden vallen de *Gewerbsteuer* opbrengsten lager uit, terwijl gemeenten aan de andere kant in economische slechte tijden juist meer uitgaven hebben vanwege bijvoorbeeld sociale verzekeringsuitkeringen.³³⁸
- In internationale context bestaan de nadelen eruit dat de *Gewerbsteuer* de verrekening van buitenlandse belastingen niet toestaat en vanwege de *Hinzurechnungen* geen aantrekkelijke locatie creëert voor financieringsmaatschappijen.

Lang vat een aantal van bovenstaande kritiekpunten samen in de zin: "[...] die *Gewerbsteuer* ist weder nach dem *Leistungsfähigkeitsprinzip* noch nach dem *Äquivalenzprinzip* zu rechtfertigen und

³²⁸ EY, Studie: Aspecten van de Duitse *Gewerbsteuer*, blz. 70. Zie ook R.Hütteman, *Besteuerung von Unternehmen - Entwicklungen und Ausdifferenzierung*, StuW 1/2014, blz. 61.

³²⁹ Tipke, *die Steuerrechtsordnung* 2^e Auflage, Otto-Schmidt, 2003, blz. 1133. Zie ook H. Zitzelsberger, *Grundlagen der Gewerbsteuer*, Habilitationsschrift 1990.

³³⁰ Voor een overzicht zie ook W. Muhl, *Plannen voor een hervorming van de belastingheffing op ondernemingen in de Bondsrepubliek Duitsland*, WFR 1990/1206, paragraaf 4.1.

³³¹ In vergelijking met andere inkomsten werden de inkomsten uit een *Gewerbe* als bijzonder zeker en winstgevend aangemerkt, omdat de inkomsten op een sterk fundament (bedrijfskapitaal) zouden rusten.

³³² Müller-Gatermann, *Unternehmensteuerreform 2008*, Stbg 2007, 145, 148.

³³³ Glanegger/Güroff/Selder, *GStG*, 2006, 6^e druk, München, §8 Rz. 1.

³³⁴ J. Hey, *Verletzung fundamentaler Besteuerungsprinzipien durch die Gegenfinanzierungsmassnahmen des Unternehmenssteuerreformgesetzes 2008*, BB 2007, blz. 1303, 1307.

³³⁵ Ernst & Young, *Studie: Aspecten van de Duitse Gewerbsteuer*, blz. 71.

³³⁶ BVerfG, 15 januari 2008, 1 BvL 2/04.

³³⁷ Zie hierover J. Lang, *Steuergerechtigkeit*, StuW 2/2016, blz.112.

³³⁸ Zie ook. A.J.A. Stevens, *De Duitse Gewerbsteuer - anomalie in het veelkleurige land van de gemeentelijke belastingen?* In: *Lofzang op lokale heffingen (Monsma-bundel)*, SDU Uitgevers (2009), blz. 209-212. Stevens beschrijft in paragraaf 4 van desbetreffende bijdrage ook enkele aangedragen oplossingen.

verletzt daher den Gleichheitssatz".³³⁹ Al jaren wordt er vanuit (met name) de wetenschap gepleit voor afschaffing van de *Gewerbsteuer*.³⁴⁰ De enige reden waarom de *Gewerbsteuer* nog bestaat, is volgens Tipke het volhardingsvermogen en de macht van gemeenten, gemeentelijke verenigingen en gemeentelijke politici om veranderingen te voorkomen; "*Für Steuersystematik haben sie sich nie interessiert*", aldus (een mijns inziens licht gefrustreerde) Tipke.³⁴¹

3.3.1.3 *Solidaritätszuschlag*

De *Solidaritätszuschlag* is een "solidariteitsheffing" op de Duitse inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting en bronbelasting en bedraagt 5,5% van de desbetreffende belasting. De heffing is destijds ingevoerd om de kosten van de hereniging van West- en Oost-Duitsland te kunnen financieren.³⁴² De *Solidaritätszuschlag* zal ik in mijn onderzoek niet nader uitwerken en enkel voor belastingdrukdoeleinden meenemen in berekeningen.

3.3.1.4 *Totale winstbelastingdruk voor lichamen*

In Duitsland moet een lichaam dus rekening houden met de *Körperschaftsteuer*, *Gewerbsteuer* en *Solidaritätszuschlag*. De gecombineerde belastingdruk is 29,875%, namelijk 15% (*Körperschaftsteuer*) + 14% (gemiddeld tarief van de *Gewerbsteuer*) + 5,5% van 15% (*Solidaritätszuschlag*).

3.3.1.5 *Belang ten opzichte van de totale opbrengst*

Het belang van de *Körperschaftsteuer* en *Gewerbsteuer* in Duitsland kan worden weergegeven door de opbrengsten van beide belastingen van een jaar te vergelijken met de totale belastingopbrengsten. Uit gegevens van het *Bundesfinanzministerium*³⁴³ blijkt dat de totale belastingopbrengst in 2010 € 530.587 miljoen bedroeg. De *Körperschaftsteuer* opbrengst en *Gewerbsteuer* opbrengst bedroegen in 2010 € 12.041 miljoen, respectievelijk € 35.711 miljoen. Dit betekende dat beide belastingen in dat jaar ongeveer 9% bijdragen aan het totaal. In 2016 bedroeg dat percentage bijna 11. De totale belastingopbrengst in dat jaar was € 705.791 miljoen, waaraan de *Körperschaftsteuer* € 27.442 miljoen bijdroeg en de *Gewerbsteuer* € 50.079 miljoen. Opvallend is hierbij dat het budgettaire belang van de *Gewerbsteuer* bijna tweemaal zo groot is als dat van de *Körperschaftsteuer*.

3.3.2 Historische ontwikkeling³⁴⁴

De heffing van belastingen naar het inkomen en de winst was tot het einde van de Eerste Wereldoorlog een zaak van de bondstaten. De staten baseerden hun belastingen op het voorbeeld

³³⁹ J. Lang in Tipke/Lang¹⁹, Steuerrecht, §8, Rz. 96.

³⁴⁰ Zie bijvoorbeeld, Stiftung Marktwirtschaft, Steuergesetzbuch, Berlin, 30 januari 2006, blz. 16 en P. Kirchhof, Bundessteuergesetzbuch, C.F. Müller, 2011, blz. 7, blz. 18 en 19.

³⁴¹ Tipke, die Steuerrechtsordnung 2^e Auflage, Otto-Schmidt, 2003, blz. 1133.

³⁴² Er is in Duitsland veel kritiek op het voortbestaan van deze heffing. Het is waarschijnlijk zoals Van der Geld in het algemeen over belastingen al aangaf "Belastingen plegen zelden echt te verdwijnen, hooguit worden zij in een nieuwe, modieuze jas gestoken, van een nieuwe naam voorzien (en dan meestal verhoogd)." J.A.G. van der Geld, De honderdjarige inkomstenbelasting, wat moeten we ermee?, WFR 1992/1381. In het op 7 februari 2018 gepubliceerde regeerakkoord heeft de nieuwe regering CDU/CSU en SPD aangekondigd de *Solidaritätszuschlag* stapsgewijs te willen afschaffen. De eerst stap zou gezet moeten worden door verhoging van de vrije voet (in de inkomstenbelasting). Koalitionsvertrag CDU, CSU und SPD, 7 februari 2018, "Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land".

³⁴³ Kassenmäßige Steuereinnahmen nach Steuerarten in den Kalenderjahren 2010 - 2014, te vinden op www.bundesfinanzministerium.de.

³⁴⁴ Voor een historische uiteenzetting verwijs ik naar C.A.L. Rasenack, Die Theorie der Körperschaftsteuer (Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 233), Berlin, 1974; Desens in Hermann/Heuer/Raupach, Dok. KSt. en naar 9 januari 1974, BT-Drucksache 7/1470, blz. 323 e.v.

van de inkomstenbelasting 1891 van Pruisen.³⁴⁵ De eerste *Körperschaftsteuer* als zelfstandige belasting vinden we terug in 1920.³⁴⁶ Tot die tijd werd de winstbelasting op lichamen geregeld in de inkomstenbelasting. Met uitzondering van een periode tussen 1922 en 1925 waarin een begrensd verrekensysteem (*Anrechnungsverfahren*) in de inkomstenbelasting gold, was het klassieke systeem in Duitsland van toepassing tot 1977.³⁴⁷ Vermeldingswaardig is dat er vanaf 1953 in Duitsland een gesplitst tarief voor de vennootschapsbelasting van toepassing was. Voor niet-uitgedeelde winsten gold een hoger *Körperschaftsteuertarief*, dan voor wel-uitgedeelde winsten.

Een systematisch wezenlijke verandering kwam in 1977 toen het klassieke systeem werd vervangen door een systeem van volledige integratie (*Vollanrechnungsverfahren*).³⁴⁸ Dit betekende dat de *Körperschaftsteuer* daarbij fiscaal behandeld werd als een voorheffing van de *Einkommensteuer* van de aandeelhouder.³⁴⁹ In beginsel werd er vennootschapsbelasting geheven tegen een tarief van 56%. Bij een uitdeling van de winst werd de belasting verminderd tot 36% van de winst. Het verschil (20%) kwam aan het lichaam toe. De resterende 36% belasting werd verrekend met de inkomstenbelasting van de aandeelhouder (mits deze onbeperkt belastingplichtig was).³⁵⁰

Het verrekenstelsel in Duitsland werd als zeer complex en misbruikgevoelig ervaren en bovenal waren er vele Europeesrechtelijke bedenkingen.³⁵¹ In 2001 volgde door het *Gesetz zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung (StSenkG)* derhalve de terugkeer naar het klassieke systeem met vermindering van de dubbele belasting door op het niveau van de aandeelhouder de inkomsten uit een lichaam voor een deel in aanmerking te nemen in de inkomstenbelasting (*Halbeinkünfteverfahren*).³⁵² Er kwam ook een eind aan het in de *Körperschaftsteuer* gehanteerde gesplitste tarief van toentertijd 40% op gereserveerde winsten en 30% op uitgedeelde winsten. Deze werd vervangen door een vast tarief van 25%.³⁵³

In de parlementaire behandeling waren op het laatste moment nog wijzigingen voorgesteld die door middel van een soort van vervolgwet doorgevoerd werden (*Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerreform (UntStFG)*).³⁵⁴ Beide wetten brachten aanzienlijke wijzigingen ten aanzien van de systematiek tussen de *Körperschaftsteuer* en *Einkommensteuer* en wijzigingen in de deelnemingsvrijstelling en fiscale eenheid (*Organschaft*) regels. De historische ontwikkeling van de relatie tussen de *Körperschaftsteuer* en *Einkommensteuer* wordt verder nader besproken in hoofdstuk 3.3.4.

In 2008 vond de laatste grote herziening in de Duitse vennootschapsbelasting plaats (*Unternehmenssteuerreform (UntStRefG)*).³⁵⁵ Enkele argumenten die de Duitse regering geeft voor de herziening zijn vergelijkbaar met die van Nederland in 2007 bij de Wet werken aan winst, namelijk verbetering van de aantrekkelijkheid van Duitsland als economisch vestigingsland door de verlaging van directe belastingen voor ondernemingen, het EU proof maken van de wetgeving, het streven naar rechtsvormneutraliteit, belastingneutraliteit en financieringsneutraliteit van de belastingheffing op ondernemingen en meer zekerheid voor planning voor ondernemingen en ten aanzien van de begroting van de Staat. Na de hervorming bedroeg de gecombineerde belastingdruk waarmee in

³⁴⁵ Vergelijk J.H. Christiaanse, De historie van de deelnemingsvrijstelling vennootschapsbelasting in de buitenlandse verhouding in Duitsland, WFR 1962/399.

³⁴⁶ *Körperschaftsteuergesetz* 30-03-1920 (R GB1. 1920, 393).

³⁴⁷ Afgeleid uit Frotscher, *Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer*, 2e Auflage, 2008, Rz. 26.

³⁴⁸ *Körperschaftsteuer*, 31-08-1976 (BStBl. I 1976, 445).

³⁴⁹ Zie voor een toelichting bijvoorbeeld L. Hintzen, Die überraschende Verabschiedung der *Körperschaftsteuerreform*, MBB 1976/182.

³⁵⁰ Zie ook A.J. van den Tempel, EG en Duitsland: voorstellen over het stelsel van vennootschapsbelasting, WFR 1974/53.

³⁵¹ 15 februari 2000, BT-Drs. 14/2683, blz.132 e.v. Zie ook J. Hey in Tipke/Lang¹⁹, *Steuerrecht*, §11, Rz. 17.

³⁵² *Gesetz* 23 oktober 2000, BGBl. I 2000, 3267; BStBl. I 2000, 1428. Zie hieromtrent J. Hey in Tipke/Lang¹⁹, *Steuerrecht*, §11, Rz. 16.

³⁵³ Zie voor Nederlandstalige artikelen over de wetswijzigingen van toentertijd H. Lohuis, Het Duitse holdingregime en zijn eigenaardigheden, WFR 2001/1715, A.J.A. Stevens en A.E.M. de Vries, De Duitse holding: Europameister 2001? Internationaal Belasting Bulltetin, 2000, nr. 5 en E.A. Brood, Wet inkomstenbelasting 2001 / Wet ondernemerspakket 2001 versus "Steuersenkungsgesetz, WFR 2001/546.

³⁵⁴ *Gesetz* 20 december 2001, BGBl. I 2001, 3858; BStBl. I 2002, 35.

³⁵⁵ *Gesetz* 14 August 2007, BGBl. I 2007, 1912.

Duitsland gerekend werd 29,875%, namelijk 15% (*Körperschaftsteuer*) + 14% (gemiddeld tarief van de *Gewerbsteuer*) + 5,5% van 15% (*Solidaritätszuschlag*). Vóór 1 januari 2008 bedroeg het *Körperschaftsteuer* tarief in Duitsland 25%, het gemiddelde tarief voor de *Gewerbsteuer* ongeveer 14% en de *Solidaritätszuschlag* 5,5%. Het gecombineerde tarief waarmee in Duitsland gerekend werd, kwam daarmee uit op gemiddeld 38,6%.

Op (het historische verloop van) de relevante wetswijzigingen van de diverse rechtsregels wordt hierna in het onderzoek nader ingegaan als de regels in het desbetreffende hoofdstuk inhoudelijk worden behandeld.

Zoals uit hoofdstuk 3.3.1. is gebleken, heeft een lichaam in Duitsland naast de *Körperschaftsteuer* te maken met de *Gewerbsteuer*. De *Gewerbsteuer* vormt voor gemeenten de belangrijkste inkomstenbron. De (voorlopers van de) *Gewerbsteuer* kent een rijke historie die zelfs teruggaat tot in de middeleeuwen.³⁵⁶ In het *Gewerbsteuergesetz* van 1936 is de directe voorganger te vinden van de huidige *Gewerbsteuer*. In 1936 werd de *Gewerbsteuer* in drie deelbelastingen onderverdeeld, namelijk de *Gewerbeertragsteuer* (bedrijfswinstbelasting), *Lohnsummensteuer* (*Gewerbsteuer* op basis van de loonkosten) en *Gewerbekapitalsteuer* (bedrijfsvermogensbelasting). Laatstgenoemde belastingen werden in 1979, respectievelijk 1998 afgeschaft en alleen de bedrijfswinstbelasting die Duitsland vandaag de dag ook nog kent bleef over. In 1957 is het recht voor gemeenten om *Gewerbsteuer* te heffen in de Duitse grondwet verankerd (art. 106 GG). Gemeenten kunnen op grond van deze wet *Gewerbsteuer* heffen van ondernemingen die in de desbetreffende gemeente zijn gevestigd.

3.3.3 Rechtsgrondslag

In Duitsland lijkt de worsteling met het vinden van een rechtsgrondslag voor de *Körperschaftsteuer* net zo groot als in Nederland. Desens geeft bijvoorbeeld aan de *Körperschaftsteuer* "*von ihren Anfängen an bis heute eine Rechtfertigungsdebatte begleitet*".³⁵⁷ Ook merkt hij op dat het bestaan van een vennootschapsbelasting (*Körperschaftsteuer*) gezien de historie en wereldwijde acceptatie niet meer serieus ter discussie wordt gesteld, maar dat het raamwerk, het systeem nog steeds onderworpen is aan allerlei rechtsvragen. Wat ook in Duitsland steeds terugkomt in de discussie over de rechtsgrondslag is de vraag wat de relatie is met de inkomstenbelasting (op die vraag ga ik in hoofdstuk 3.3.4 in) en de vraag wie de vennootschapsbelasting draagt.³⁵⁸ Wat mijns inziens in de literatuur vrijwel steeds aangehaald wordt als rechtsgrondslag voor de *Körperschaftsteuer* is het feit dat rechtspersonen als zelfstandig (juridisch) persoon worden gezien, wat een belastingheffing rechtvaardigt. Al bij de invoering van de *Körperschaftsteuer* in 1920 werd gewezen op de economische zelfstandigheid en draagkracht van een vennootschap.³⁵⁹ De *Körperschaftsteuer* wordt met andere woorden als *Einkommensteuer* van de vennootschappen aangemerkt (antropomorfe visie).³⁶⁰ Ook Hummel wijst op het zelfstandige karakter van vennootschappen als rechtsgrondslag³⁶¹ en wijst ook op een uitspraak van het *Bundesverfassungsgericht* waarin wordt

³⁵⁶ Voor een historische schets van de *Gewerbsteuer* verwijs ik naar Lenski en Steinberg, *Gewerbsteuergesetz*, 2014. Ook A.J.A. Stevens, *De Duitse Gewerbsteuer - anomalie in het veelkleurige land van de gemeentelijke belastingen?* In: Lofzang op lokale heffingen (Monsma-bundel), SDU Uitgevers (2009) geeft in paragraaf 2.1 een interessante, Nederlandstalige, historische schets van de *Gewerbsteuer*, evenals Ernst & Young, *Studie: Aspecten van de Duitse Gewerbsteuer*, blz. 9-15.

³⁵⁷ Desens in Hermann/Heuer/Raupach, Einf. KSt, Anm.30.

³⁵⁸ Voor een uitgebreide uiteenzetting zie Tipke, *die Steuerrechtsordnung*, 2^e Auflage, Otto-Schmidt 2003, blz. 1163-1190; C.A.L. Rasenack, *Die Theorie der Körperschaftsteuer* (Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 233), Berlin, 1974 en Desens in Hermann/Heuer/Raupach, Einf. KSt, Anm.30-34.

³⁵⁹ Desens in Hermann/Heuer/Raupach, Einf. KSt, Anm.33 verwijst naar KStG 1920, Drucks. Der Nationalversammlung 1920, Bd. 341 Nr. 1976, 14.

³⁶⁰ Desens in Hermann/Heuer/Raupach, Einf. KSt, Anm.1. geeft aan: "*Als KSt wird die Est der juristischen Person bezeichnet. Die Erfassung des Einkommens juristischer Personen ist Mindestvoraussetzung für das Vorliegen einer KSt.*"

³⁶¹ Hummel in Gosch, *Körperschaftsteuergesetz*, 3^e Auflage 2015, §1, Rz. 20. Hij heeft het over "*Verselbständigung der Körperschaften*".

aangegeven dat als de *Körperschaftsteuer* weggedacht zou worden, de winsten die niet door de vennootschap worden uitgekeerd belastingvrij zouden blijven.³⁶² De *Körperschaftsteuer* zorgt daarmee voor *Wettbewerbsgleichheit*.³⁶³ Daarmee samenhangend, kan ook de parlementaire uitlating gezien worden bij de belastinghervorming in 1977 waar gewezen wordt op het bewaken van de eenheid van de rechtsorde (*Einheit der Rechtsordnung*).³⁶⁴ In Duitsland wordt de winstbelasting van lichamen met name in relatie gezien met de inkomstenbelasting. Rasenack geeft aan dat de vennootschapsbelasting nimmer aanvaard is, zoals de inkomstenbelasting tenslotte is aanvaard. Hij komt in zijn onderzoek wel tot de conclusie dat de *Körperschaftsteuer* naast een *Einkommensteuer* is te rechtvaardigen.³⁶⁵

Als in Duitsland over de rechtsgrondslag van de *Körperschaftsteuer* wordt gediscussieerd komt ook vaak de discussie naar voren of vennootschappen inkomen of winst genereren. Met name uit de hoek van de *Finanzwissenschaft* wordt het standpunt ingenomen dat inkomen alleen aan natuurlijke personen kan toevloeien en niet aan organisaties (zogenoemde *Opfertheorie*). Daarmee samenhangend, is de gedachte dat het draagkrachtbeginsel (*Leistungsfähigkeitsprinzip*) alleen is voorbehouden aan natuurlijke personen. Daar kan ook anders over worden gedacht. Ik ben het met vele auteurs eens dat het (objectieve) draagkrachtsbeginsel ook voor rechtspersonen van toepassing is. Desens geeft bijvoorbeeld aan dat het draagkrachtsbeginsel een concretisering inhoudt van het gelijkheidsbeginsel dat ook in de verhouding tussen rechtspersonen geldt.³⁶⁶ Als uiting van het draagkrachtbeginsel voor rechtspersonen wordt het *objektive Nettoprinzip* gezien. Dit principe houdt in dat zowel uitgaven als inkomsten in aanmerking moet worden genomen bij het berekenen van de belastinggrondslag. Dit principe dat ook al de revue passeerde in hoofdstuk 2.9.2 en 3.3.1.2, zal nog op meerdere plekken in mijn onderzoek naar voren komen. Naast bovenstaande overwegingen wordt als rechtsgrondslag ook het *Äquivalenzprinzip* genoemd. Vanwege het feit dat lichamen ook profiteren van de door de overheid gecreëerde infrastructuur laat zich de vennootschapsbelasting vanuit die hoedanigheid als tegenprestatie voor een deel verklaren. Mijns inziens komt dit principe op hetzelfde neer als het in Nederland bekende profijtbeginsel. Daarnaast wordt in Duitsland ook gewezen op de "politieke populariteit" en budgettaire functie van de *Körperschaftsteuer*.³⁶⁷

Als rechtsgrondslag voor de *Gewerbesteuer* komt ook met name het *Äquivalenzprinzip* naar voren. De *Gewerbesteuer* wordt als een bijdrage gezien van de onderneming voor de veroorzaakte lasten in de gemeente en de onderneming betaalt voor het profijt dat zij heeft van het feit dat zij gebruik maakt van gemeentelijke voorzieningen. Daarnaast wordt de *Fundustheorie* genoemd. Deze theorie gaat ervan uit dat ondernemingen hoger belast kunnen worden, omdat het bij hun inkomsten gaat om op vermogen c.q. de combinatie van op vermogen en arbeidskracht gefundeerde inkomsten.³⁶⁸ Tot slot wordt ook het budgettaire argument aangehaald, "het levert lekker op voor de gemeenten".³⁶⁹

³⁶² BVerfG 1 BvR 845/58

³⁶³ J. Hey in Tipke/Lang²², Steuerrecht, §11, Rz.6.

³⁶⁴ 9 januari 1974, BT-Drucks. 7/1470, blz. 326.

³⁶⁵ C.A.L. Rasenack, Die Theorie der Körperschaftsteuer (Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 233), Berlin, 1974, blz. 11-18, 31.

³⁶⁶ Desens in Hermann/Heuer/Raupach, Einf. KSt, Anm.6. Zie ook BVerfG. 17.11.2009 - 1 BvR 2192/05.

³⁶⁷ Tipke, die Steuerrechtsordnung, 2^e Auflage, Otto-Schmidt 2003, blz. 1165 en 1167. Zie ook Desens in Hermann/Heuer/Raupach, Einf. KSt, Anm.30-34 die alle voors en tegens van alle rechtsgrondslagen tegen elkaar afweegt.

³⁶⁸ A.J.A. Stevens, De Duitse Gewerbesteuer - anomalie in het veelkleurige land van de gemeentelijke belastingen? In: Lofzang op lokale heffingen (Monsma-bundel), SDU Uitgevers (2009), blz. 207. Stevens geeft aan dat vanuit de Fundustheorie te verklaren is dat vanaf 1936 slechts ondernemingen belast zijn met Gewerbesteuer en dat zelfstandige beroepsbeoefenaren buiten de heffing blijven.

³⁶⁹ 4 mei 1972, BT-Drs. VI/3418, blz.51: "Die Gewerbesteuer findet ihre innere Rechtfertigung nicht zuletzt in dem Äquivalenzprinzip, also in der Überlegung, daß der Gewerbebetrieb über einen pauschalierten Beitrag zur Deckung der durch ihn verursachten Lasten heranzuziehen ist. Ihre Vorzüge liegen vor allem in ihrer Ergiebigkeit (door mij onderstreept). Die Gewerbesteuer trägt außerdem in besonderem Maße dem im Grundgesetz niedergelegten Gedanken der kommunalen Finanzhoheit Rechnung; sie gibt wie keine andere

3.3.4 Relatie met de inkomstenbelasting

De winstbelasting van lichamen kan ook in Duitsland niet los worden gezien van de inkomstenbelasting. In de relatie met de inkomstenbelasting kan men twee uitersten onderscheiden.

- Men kan het lichaam zelfstandig bezien ten opzichte van de aandeelhouder(s) en het gevolg daarvan is dat de vennootschapsbelasting bezien kan worden als een persoonlijke belasting van lichamen; een belasting die op zich dus niets van doen heeft met de inkomstenbelasting. In Nederland wordt dit ook wel het klassieke stelsel genoemd. In Duitsland wordt aangegeven dat aan deze zienswijze het *Trennungsprinzip* (scheidingsprincipe) ten grondslag ligt.³⁷⁰
- Men kan het lichaam ook niet-zelfstandig bezien ten opzichte van de aandeelhouder(s), met andere woorden, het lichaam wordt dan als een verlengstuk van de aandeelhouder gezien. Er kan op verschillende manieren (varianten) rekening worden gehouden met de dubbele belasting door aanpassingen aan de winstbelastingzijde of aanpassingen aan de inkomstenbelastingzijde.³⁷¹

Met uitzondering van een periode tussen 1922 en 1925 waarin een begrensd verrekensysteem (*Anrechnungsverfahren*) in de inkomstenbelasting gold, was het klassieke systeem in Duitsland van toepassing tot 1977.³⁷² Er werd in de desbetreffende periode een onderscheid gemaakt tussen ingehouden en uitgedeelde winsten. In 1977 werd besloten het zogenoemde *Anrechnungsverfahren* in te voeren. Dit betekende dat de vennootschapsbelasting voortaan kon worden verrekend met de inkomstenbelasting over in Duitsland belast inkomen. In de beperking dat alleen de vennootschapsbelasting met inkomstenbelasting over in Duitsland belast inkomen kon worden verrekend schuilde ook direct de zwakte van het Duitse verrekensysteem. In 1998 kwam een in het leven geroepen commissie tot de conclusie dat het verrekenstelsel in Duitsland zeer complex en misbruikgevoelig was en bovenal Europeesrechtelijk niet door de beugel kon.³⁷³ In 2001 werd derhalve het zogenoemde *Halbeinkünfteverfahren* ingevoerd.³⁷⁴ Dit systeem hield in dat (eerst) 25% vennootschapsbelasting en (gemiddeld) 15% *Gewerbsteuer* werd geheven en (vervolgens) bij dividenduitkeringen of vervreemdingswinsten de helft van het desbetreffende bedrag bij de desbetreffende aandeelhouder-natuurlijk persoon tot het inkomen in de inkomstenbelasting werd gerekend.³⁷⁵ Vanaf 1 januari 2009 is de belastingheffing over inkomsten uit kapitaalvermogen fundamenteel veranderd.³⁷⁶ Het *Halbeinkünfteverfahren* is vanaf genoemde datum vervangen door het *Teileinkünfteverfahren* en tegelijkertijd werd de zogenoemde *Abgeltungsteuer* ingevoerd. Het *Teileinkünfteverfahren* houdt in dat de al met *Körperschaftsteuer* en *Gewerbsteuer* belaste dividenden en vervreemdingswinsten voor 60% in aanmerking worden genomen voor de (progressieve) *Einkommensteuer*. De *Abgeltungsteuer* is een soort bronbelasting van 25% zowel over inkomsten als over vervreemdingswinsten uit kapitaalvermogen dat bij financiële instellingen wordt aangehouden. De heffing wordt door banken en andere financiële instellingen ingehouden en

Gemeindesteuer den Gemeinden die Möglichkeit, durch die Festsetzung unterschiedlicher Hebesätze eigenverantwortlich das Aufkommen zu bestimmen. Sie gewährleistet ferner eine engere Verbindung zwischen der Gemeinde und der örtlichen Industrie." zie ook Tipke, die Steuerrechtsordnung, 2^e Auflage, Otto-Schmidt 2003, blz. 1137.

³⁷⁰ Zie ook Frotscher, *Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer*, 2^e Auflage, 2008, Rz. 4.

³⁷¹ Voor een overzicht van de varianten verwijs ik naar Desens in Hermann/Heuer/Raupach, Einf. KSt, Anm.17-22.

³⁷² Afgeleid uit Frotscher, *Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer*, 2e Auflage, 2008, Rz. 26.

³⁷³ 15 februari 2000, BT-Drs. 14/2683, blz.132 e.v. Zie ook J. Hey in Tipke/Lang¹⁹, *Steuerrecht*, §11, Rz. 17.

³⁷⁴ Dit leidde in Duitsland tot zeer veel kritiek en de afschaffing van het "*Anrechnungsverfahren*" werd in Duitsland als één van de grootste conceptuele fouten in het Duitse belastingrecht gezien. Tipke, die *Steuerrechtsordnung*, 2^e Auflage, Otto-Schmidt 2003, blz. 1177.

³⁷⁵ Alleen indien aandelen tot het privévermogen behoren, het belang minder dan 1% was (geen *wesentliche Beteiligung*) en de aandelen langer dan één jaar werden gehouden werd een vervreemdingwinst van de aandelen niet belast.

³⁷⁶ Zie ook J.A.M. van Helvoirt/E.M.S. Spierts/A.J.A. Stevens, *De Duitse Unternehmensteuerreform 2008: een overzicht*, WFR 2008/834, paragraaf 2.3.

afgedragen aan de fiscus.³⁷⁷ De *Abgeltungsteuer* is geconcipeerd als eindheffing en maakt daarmee inbreuk op het verdere synthetisch vormgegeven inkomstenbelastingstelsel in Duitsland.³⁷⁸

Indien de aandelen als ondernemingsvermogen worden gehouden, geldt het *Teileinkünfteverfahren*. Indien de aandelen als privévermogen worden gehouden dan geldt in principe voor zowel dividenden als vervreemdingswinsten de *Abgeltungsteuer*. Indien de aandelen als privévermogen worden gehouden en het belang is ten minste 1% dan geldt voor vervreemdingswinsten het *Teileinkünfteverfahren* en geldt ten aanzien van dividenden een keuzerecht. Een en ander wordt aan de hand van voorbeeldberekeningen toegelicht in hoofdstuk 3.5.

De Duitse inkomstenbelasting wordt gekenmerkt door een synthetische belastingheffing. Dit houdt in dat inkomsten uit alle bronnen bij de belastingplichtige bij elkaar worden opgeteld. Deze bronnen zijn: arbeid, onderneming, zelfstandige arbeid, huur en pacht, inkomsten uit kapitaalvermogen, andere activiteiten en agrarische land- en bosbouw. De *Einkommensteuer* kent een progressief tariefsysteem beginnend bij 14% met een maximaal tarief van 45% voor inkomens boven de € 256.304. Vermeldingswaardig is nog dat in Duitsland sinds 1958 het *Splittingstelsel* wordt gehanteerd. Dit betekent dat de inkomens van gehuwden bij elkaar worden opgeteld en worden gedeeld door twee. Vervolgens wordt het bijbehorende tarief op dat bedrag toegepast en de verschuldigde inkomstenbelasting verdubbeld.³⁷⁹

3.3.4.1 Ondernemingswinstbelasting; *Thesaurierungsbegünstigung*

In Duitsland is invoering van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting ook ruimschoots aan bod gekomen in de politiek en wetenschap.³⁸⁰ De wetgever heeft bij de *Unternehmensteuerreform 2008* gepoogd het belastingstelsel rechtsvormneutraler te maken door invoering van de *Thesaurierungsbegünstigung*³⁸¹ (§34a EStG). Deze regeling houdt in dat op verzoek van belastingplichtigen (zelfstandige ondernemers met een eenmanszaak of deelgerechtigden in een personenvennootschap waarbij het aandeel van een deelgerechtigde meer dan 10% moet zijn of hoger is dan € 10.000) de niet-onttrokken winst uit onderneming tegen een lager IB-tarief van 28,25% wordt belast. Bij onttrekking vindt er dan een nabelasting van 25% (IB) plaats. Indien gekozen is voor de *Thesaurierungsbegünstigung* komt de totale belastingdruk in de standaardberekeningen op 48,30%. Dit is vrijwel gelijk met de totale belastingdruk van 48,33% van de door kapitaalvennootschappen uitgekeerde winsten en de totale belastingdruk van 47,44% op winsten van zelfstandige ondernemers, personenvennootschappen die niet hebben gekozen voor de *Thesaurierungsbegünstigung*. Het oorspronkelijke doel van de regeling was volgens de wetgever een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting te creëren. Dit streven lijkt later bijgesteld naar het

³⁷⁷ Brief AFP/2016-0000154591 U, 20 september 2016; Voortgangsrapportage box 3, Internationaal onderzoek box 3, paragraaf 3.2. In dit onderzoek wordt een overzicht gegeven van de fiscale behandeling van inkomsten uit vermogen in verschillende landen, waaronder Duitsland. In paragraaf 4.2. wordt per vermogenstitel aangegeven hoe die belast wordt in Duitsland. In paragraaf 5.2 wordt aangegeven dat inkomsten uit vermogen die aan de *Abgeltungsteuer* zijn onderworpen met een forfaitair aftrekbedrag ("*Sparer-Pauschbetrag*") verminderd wordt. In paragraaf 6.2 wordt ingegaan op verliesverrekening, in paragraaf 7.2 op de eventueel van toepassing zijnde vrijstellingen en in paragraaf 8.2 op uitvoeringsaspecten.

³⁷⁸ Opvallend vond ik overigens dat de belangrijkste politieke partijen CDU, SPD, die Grünen en die Linke, afschaffing van de *Abgeltungsteuer* in hun partijprogramma voor de verkiezingen van 24 september 2017 hebben opgenomen. De kans is dus reëel dat de *Abgeltungsteuer* na de verkiezingen zal worden afgeschaft. Zie ook F.J. Elswier, Fiscale partijpunten Bondsdagverkiezingen 2017 in het licht van fiscale ontwikkelingen in Duitsland en Nederland, WFR 2017/174. De nieuwe regering heeft in het op 7 februari 2018 gepubliceerde regeerakkoord ook aangekondigd de *Abgeltungsteuer* op rente-inkomsten af te willen schaffen op het moment dat de automatische informatie-uitwisseling goed functioneert. Koalitionsverdrag CDU, CSU und SPD, 7 februari 2018, "Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land".

³⁷⁹ Zie hierover ook J.M.H.F. Teunissen, Vrijheid, Gelijkheid en Belastingen, WFR 2010/674.

³⁸⁰ Voor een overzicht verwijs ik naar bijvoorbeeld Stiftung Marktwirtschaft, Steuergesetzbuch, Berlin, 30 januari 2006, blz. 17-19 en P. Kirchhof, Bundessteuergesetzbuch, C.F. Müller, 2011, blz. 15 en 16. Voor een uitgebreid overzicht zie J. Hey in Tipke/Lang²², Steuerrecht, §13.

³⁸¹ Een vertaling van dit begrip naar het Nederlands zou zijn "begünstigung van ingehouden winsten".

bewerkstelligen van belastingdrukneutraliteit.³⁸² De regeling had verder ten doel het verbeteren van de investeringscapaciteit van personenvennootschappen en het voorkomen van een eventuele vlucht van winstgevende personenvennootschappen in kapitaalvennootschappen. Bij de *Unternehmensteuerreform 2008* werd namelijk het *Körperschaftsteuer* tarief en daarmee de totale belastingdruk voor (de aandeelhouders van) kapitaalvennootschappen verlaagd.

De invoering van de *Thesaurierungsbegünstigung* is in Duitsland voornamelijk kritisch ontvangen. De kritiek heeft met name betrekking op de uitvoering van de regeling en het feit dat het oorspronkelijke doel (een rechtsvormneutrale belasting) niet overeenkomt met de praktische uitwerking.³⁸³ Alleen bij benadering is sprake van belastingdrukneutraliteit. Dat is het geval voor een kleine groep van belastingplichtige ondernemers die met hun ondernemingswinst in de hoogste tariefgroep van de inkomstenbelasting valt. Dit is te wijten aan de berekeningswijze van de *Thesaurierungsbegünstigung*. Zo wordt bijvoorbeeld de verschuldigde *Gewerbesteuer* gezien als een onttrekking die daarmee niet in aanmerking komt voor de *Thesaurierungsbegünstigung*. Daarnaast zal een verhogend effect op de totale belastingdruk op niet-uitgekeerde winsten optreden op het moment dat de ondernemer gedwongen is om de verschuldigde inkomstenbelasting uit de onderneming te halen.³⁸⁴ Als ander kritiekpunt wordt aangehaald dat de *Thesaurierungsbegünstigung* in de uitwerking uitermate complex is. De regeling is voor (bepaalde delen van) de ondernemingswinst uitgesloten en de berekeningswijze van de nabelasting is ook na vijf keer lezen van de wettelijke bepaling en toelichting moeilijk te begrijpen.³⁸⁵ Uit onderzoek van Kessler, Pfuhl & Grether is gebleken dat velen van de regeling afzien vanwege de complexiteit.³⁸⁶ Toepassing van de regeling zou tot veel administratieve en financiële (wegens het inschakelen van een belastingadviseur) lasten leiden voor belastingplichtigen.³⁸⁷ Eenzelfde onderzoek is uitgevoerd door Brähler, Guttzeit & C. Scholz en ook zij geven aan dat tot op heden de *Thesaurierungsbegünstigung* door de praktijk genegeerd wordt vanwege hoge complexiteit en

³⁸² Hey geeft aan: "Im Koalitionsvertrag vom 11. 11. 2005 hatte sich die Große Koalition für die *Unternehmensteuerreform 2008* das Ziel „annähernder Rechtsform- und Finanzierungsneutralität“ gesetzt". Vervolgens wijst zij op 30 maart 2007, BR-Drs. 220/07 blz. 101, waarin staat: "Ziel der Regelung ist es, Einzelunternehmer und Mitunternehmer mit ihren Gewinneinkünften (Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbständiger Arbeit) in vergleichbarer Weise wie das Einkommen einer Kapitalgesellschaft tariflich zu belasten." J. Hey, *Unternehmensteuerreform: das Konzept der Sondertarifierung des §34a EStG-E - Was will der Gesetzgeber und was hat er geregelt?*, DStR 2007, blz.925. In de Nederlandstalige literatuur heb ik de volgende twee bijdragen gevonden over de *Thesaurierungsbegünstigung*. H.A.M. van Helvoirt/E.M.S. Spierts/A.J.A. Stevens, *De Duitse Unternehmensteuerreform 2008: een overzicht*, WFR 2008/834, paragraaf 2.2. en A.C. Breuer/ A.J.A. Stevens, *De Duitse Thesaurierungsbegünstigung voor IB ondernemingen: model voor Nederland?* Rijkersbundel, 2013, hoofdstuk 27, blz. 371-381.

³⁸³ Zie onder meer J. Hey, *Unternehmensteuerreform: das Konzept der Sondertarifierung des §34a EStG-E - Was will der Gesetzgeber und was hat er geregelt?*, DStR 2007, blz. 925, paragraaf 2.1 en H.Houben/R.Maiterth, *Optimale Nutzung und Wirkungen von §34a EStG*, StuW 3/2008, blz. 235.

³⁸⁴ Vergelijk H.A.M. van Helvoirt/E.M.S. Spierts/A.J.A. Stevens, *De Duitse Unternehmensteuerreform 2008: een overzicht*, WFR 2008/834, paragraaf 2.2.

³⁸⁵ Ik verwijs dan ook graag naar A.C. Breuer/A.J.A. Stevens, *De Duitse Thesaurierungsbegünstigung voor IB ondernemingen: model voor Nederland?* Rijkersbundel, 2013, hoofdstuk 27, blz. 371-381. In paragraaf 2.4 tot en met 2.9 leggen zij - mede aan de hand van een voorbeeld - op voortreffelijke wijze de werking van de *Thesaurierungsbegünstigung* uit. Tegelijkertijd geeft dit voorbeeld ook uitstekend de complexiteit weer.

³⁸⁶ Maar liefst 92% van de ondervraagden (450 belastingadvieskantoren waarvan 14% reageerde) gaf aan de regeling te complex te vinden.

³⁸⁷ Zie o.a. W. Kessler/A. Pfuhl/B. Grether, *Die Thesaurierungsbegünstigung nach §34a EStG in der steuerlichen (Beratungs-) Praxis - Ergebnisse einer onlinebasierten Umfrage*, DB 4/2011, blz.185-188. In paragraaf 3 in voornoemde bijdrage in de Rijkersbundel gaan Breuer en Stevens in op deze enquête.

mogelijk lange planningstermijnen.³⁸⁸ Ook Jurina geeft aan dat het gaat om een “*hochkomplexe Regelung*”.³⁸⁹ Een ander punt dat mijns inziens aandacht verdient, is het feit dat het bij de *Thesaurierungsbegünstigung* om een optie gaat. Dit zorgt er voor dat er geen sprake is van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting, maar meer het streven naar een gelijke globale belastingdruk tussen de ondernemer-natuurlijk persoon en de directeur-groootaandeelhouder met zijn kapitaalvennootschap.³⁹⁰ Op het moment dat een ondernemer een relatief lage winst heeft, is er een relatief laag *Einkommensteuertarief* op de desbetreffende ondernemer van toepassing. Ondernemers die in Duitsland onder het gemiddelde *Einkommensteuertarief* van 28,25% blijven, zullen dus zeker niet opteren voor de *Thesaurierungsbegünstigung*. Ligt het *Einkommensteuertarief* hoger dan 28,25% dan zal de belastingplichtige een (belastingdruk)vergelijking moeten maken tussen het voordeel van het kunnen opteren om niet uitgekeerde winsten niet te belasten en de hogere belastingdruk bij uiteindelijke onttrekking. Wat voordeliger is, zal met name afhangen van de lengte van de oppotperiode (hoe lang kunnen de winsten worden opgepot).³⁹¹ Helvoirt, Spierts & Stevens geven aan dat uit de eerste reacties uit de praktijk blijkt dat de nieuwe optieregeling eigenlijk alleen interessant is voor personenondernemingen met hoge winsten en oppottingsmogelijkheden, die om hen moverende redenen niet over wensen te stappen op de rechtsvorm van de kapitaalvennootschap.³⁹² Ook Jurina geeft aan dat de regeling “*nur die Elite der besonders ertragstarken Personenunternehmen begünstigt*”.³⁹³ De *Thesaurierungsbegünstigung* zorgt er dus uiteindelijk voor dat ondernemers natuurlijke personen met relatief hoge ondernemingswinsten niet om fiscale redenen (“gedwongen” worden) de onderneming om (te) zetten in een kapitaalvennootschap. Daarnaast is de *Thesaurierungsbegünstigung* interessant voor de zelfstandige beroepsbeoefenaren (belastingadviseurs, notarissen en advocaten). Zoals uit paragraaf 3.3.1.2 is gebleken, betalen zij geen *Gewerbsteuer*. Indien de zelfstandige beroepsbeoefenaars hun beroep zouden uitoefenen in een rechtspersoon zou per definitie wel *Gewerbsteuer* verschuldigd zijn. De *Thesaurierungsbegünstigung* zou dus voor de beroepsbeoefenaars voor een aangename belastingdrukverlaging kunnen zorgen op het moment dat winsten niet worden uitgekeerd. Tot slot wijs ik er op dat door invoering van de *Thesaurierungsbegünstigung* de discussie over rechtsvormneutraliteit in Duitsland niet is verstomd. Integendeel³⁹⁴, bij veel leerstukken komt het ontbreken van rechtsvormneutraliteit als kritiekpunt naar voren. In de komende hoofdstukken zal ik daar nog nader op ingaan.³⁹⁵

3.4 Beschouwing /conclusie

In dit hoofdstuk heb ik onderzocht welke winstbelastingen van lichamen in Nederland en Duitsland van toepassing zijn en welke verschillen en overeenkomsten er bestaan tussen de (ontwikkeling van de) winstbelasting van lichamen in beide landen. De winstbelasting van lichamen in Nederland is de vennootschapsbelasting. De winstbelasting van lichamen in Duitsland is de *Körperschaftsteuer*. Een fundamenteel verschil tussen Nederland en Duitsland is dat lichamen in Duitsland daarnaast te maken hebben met de *Gewerbsteuer*. Uit dit hoofdstuk is gebleken dat de huidige nominale belastingdruk voor lichamen in Duitsland hoger ligt dan in Nederland. De huidige nominale

³⁸⁸ G. Brähler/M. Guttzeit/C. Scholz, Gelungene Reform oder überflüssige Norm? Eine quantitative Studie zu §34a EStG, StuW 2/2012, blz. 128. Liefst 68,4% van de ondervraagten (in totaal 371) is voor afschaffing van de regeling.

³⁸⁹ J. Jurina in Tipke/Lang¹⁹, Steuerrecht, §9, Rz. 828, voetnoot 21.

³⁹⁰ Vergelijk ook J. Hey, Unternehmensteuerreform: das Konzept der Sondertarifierung des §34a EStG-E - Was will der Gesetzgeber und was hat er geregelt?, DStR 2007, blz. 925, paragraaf 2.3.

³⁹¹ Zie hieromtrent ook H.B. Binz, Unternehmensteuerreform 2008: Rechtsformspezifische Steuerwirkungen im Überblick, DStR 38/2007, blz. 1695.

³⁹² H.A.M. van Helvoirt/E.M.S. Spierts/A.J.A. Stevens, De Duitse Unternehmensteuerreform 2008: een overzicht, WFR 2008/834, paragraaf 2.2.

³⁹³ J. Jurina in Tipke/Lang¹⁹, Steuerrecht, §9, Rz. 828.

³⁹⁴ Zie bijvoorbeeld ook Tax & Law Special, Nach der Wahl, Steuerpolitik für den Standort Deutschland. Ein Positionspaper des Wissenschaftlichen Beirats Steuern von EY für die neue Legislaturperiode ab 2017, September 2017 onder het hoofdstuk “Rechtsformneutralität wieder mehr Bedeutung geben”.

³⁹⁵ Hierover uitgebreid Desens in Hermann/Heuer/Raupach, Einf. KSt, Anm.155.

belastingdruk voor lichamen in Nederland is 25% (zonder rekening te houden met het opstarttarief van 20% over de eerste € 200.000 winst). In Duitsland is de gecombineerde *Körperschaftsteuer*, *Gewerbesteuer* en *Solidaritätszuschlag* belastingdruk voor lichamen (gemiddeld) 29,875%. Het belang van de winstbelastingen van lichamen ten opzichte van het totaal aan belastingopbrengsten verschilt in beide landen niet veel van elkaar.

Historisch gezien hebben de Nederlandse en Duitse winstbelasting van lichamen veel overeenkomsten. Niet zo verwonderlijk, aangezien de wortels van onze huidige vennootschapsbelasting teruggaan naar de Duitse bezetting. Het duurde tot en met 1969 voordat Nederland met een eigen nationale vennootschapsbelasting kwam die bleek voort te borduren op het door Duitsland ingevoerde Besluit VPB 1942. Zoals ik in hoofdstuk 3.2.2 al aangaf, blijkt mijns inziens hieruit dat de door Duitsland ingevoerde fiscale regelgeving voor het overgrote deel (met uitzondering van de hoge tarieven) bevredigend werd gevonden. Voor mijn onderzoek op zich al een belangrijke constatering aangezien ik daaruit concludeer dat bepaalde rechtsregels of leerstukken in Nederland en Duitsland gebaseerd zijn op dezelfde rechtsgronden of principes. Uit de historische uiteenzetting komt ook een aantal verschillen naar voren. Zo werd in Duitsland, in tegenstelling tot Nederland, lang vastgehouden aan een verschillend tarief voor uitgekeerde en ingehouden winsten. Helemaal fundamenteel anders was het systeem in Duitsland in de periode 1977-2001, waarin Duitsland in tegenstelling tot Nederland een (volledig) verrekensysteem hanteerde. Na de hervorming in 2001 zijn beide stelsels op hoofdlijnen mijns inziens vergelijkbaar te noemen.

In beide landen geldt een sterke relatie tussen de winstbelasting van lichamen en de inkomstenbelasting. De vormgeving van de inkomstenbelasting wijkt in Nederland wel fundamenteel af van de Duitse inkomstenbelasting in die zin dat Nederland een analytische stelsel hanteert en Duitsland een synthetisch stelsel. Het huidige toptarief in de inkomstenbelasting is in Nederland veel hoger (52%) dan in Duitsland (45% dat ook nog eens pas begint bij een inkomen van ongeveer € 250.000). Daarnaast kent Duitsland, in tegenstelling tot Nederland, ook nog het splittingstelsel voor gehuwden. Nederland heeft daarentegen voor ondernemers veel ondernemingsfaciliteiten, waardoor de effectieve druk voor in ieder geval ondernemers lager wordt.³⁹⁶

In paragraaf 3.2.5 heb ik enkele conceptuele / fundamentele discussiepunten over de vennootschapsbelasting, de historie en rechtsgrondslag van die belastingen en de relatie met de inkomstenbelasting gedestilleerd, namelijk:

- Er is discussie over de rechtsgrondslag van de vennootschapsbelasting;
- De discussie over wel of geen invoering van een (rechtsvormneutrale) ondernemingswinstbelasting;
- De discussie over een grotere rol voor gemeentelijke belastingen en een mijns inziens interessante vraag daarbij is of (her)invoering van een gemeentelijke ondernemingsbelasting zoals de Duitse *Gewerbesteuer* aanbevelenswaardig is?³⁹⁷

Hieronder geef ik aan of Duitsland een rechtsregel (oplossing of benadering) heeft die aanbevelenswaardig is, of kan zijn, voor de vennootschapsbelasting ten aanzien van bovengenoemde discussiepunten. Een rechtsregel uit Duitsland is mogelijk aanbevelenswaardig als hij op tenminste één toetsingscriterium beter scoort en op de andere niet minder, dan wel de betere score op één aspect zwaarder telt dan de slechtere score ten aanzien van de toetsen uit mijn toetsingskader, zijnde de i. fiscaal-beleidsanalytische toets, ii. fiscaal-juridische toets, iii. fiscaal-wetstechnische toets en iv. internationale/Europese fiscale ontwikkelingentoets (zie hoofdstuk 1.3.2.4). Deze onderzoeksmethode en opzet zal ik ook in de resterende rechtsvergelijkende hoofdstukken hanteren.

3.4.1 In beide landen geen eenduidige rechtsgrondslag

Uit hoofdstuk 3.2.3 en 3.2.5 is gebleken dat Nederland worstelt met het vinden van een eenduidige (overtuigende) rechtsgrondslag voor de vennootschapsbelasting. Uit hoofdstuk 3.3.3 blijkt dat er

³⁹⁶ Zie hierover ook A.C. Breuer/A.J.A. Stevens, Fiscale ontwikkelingen in Duitsland, WFR 2016/3, paragraaf 7.

³⁹⁷ Het laatste punt is niet zozeer een discussiepunt vanuit Nederlands perspectief, maar vloeit voort uit het feit dat Duitsland een dergelijke gemeentelijke ondernemingsbelasting kent en Nederland niet.

ook in Duitsland altijd discussie is geweest over het bestaan van de *Körperschaftsteuer*. Treffend vind ik de opmerking van Desens die aangeeft dat de *Körperschaftsteuer* vanaf haar bestaan tot nu wordt begeleid door een debat over de rechtvaardigheid.³⁹⁸ Kort samengevat, heb ik in Duitsland geen (andere) rechtsgrondslagen of zienswijzen ten aanzien van de *Körperschaftsteuer* en *Gewerbsteuer* gevonden, die ook van toepassing zouden kunnen zijn ten aanzien van de vennootschapsbelasting in Nederland. Gezien de gezamenlijke (fiscale) historie met Duitsland wat betreft de winstbelasting van lichamen is het mijns inziens ook niet verwonderlijk dat ik geen wezenlijke verschillen heb kunnen ontdekken in de aangevoerde rechtsgronden voor de vennootschapsbelasting en de *Körperschaftsteuer* (en de *Gewerbsteuer*). Datzelfde geldt voor de relatie met de inkomstenbelasting die in beide landen sterk aanwezig is. In beide landen geldt vandaag de dag een "semi" klassiek systeem, waarbij aan de inkomstenbelastingzijde rekening wordt gehouden met het feit dat reeds belasting is geheven.

Het ontbreken van een duidelijke rechtsgrondslag voor de vennootschapsbelasting, respectievelijk *Körperschaftsteuer* en *Gewerbsteuer* zorgt er mijns inziens voor dat in beide landen niet, of in mindere mate voldaan is aan de fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader. Onder die eis wordt (mede) verstaan dat van een wettelijke regeling de daaraan ten grondslag liggende doelstellingen helder en volledig moeten worden geformuleerd. Dit lijkt mij niet het geval als een overtuigende rechtsgrondslag voor de belasting als geheel ontbreekt.

De bestaansreden van de vennootschapsbelasting kan in beide landen eigenlijk ontleend worden aan de feitelijke (complementaire) functie ervan.³⁹⁹ Deze keuze door Nederland en Duitsland voor een winstbelasting van lichamen is mijns inziens vanuit een praktisch en pragmatisch oogpunt begrijpelijk.

3.4.2 De *Thesaurierungsbegünstigung*, iets voor Nederland?

Het ontbreken in Nederland van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting zou mijns inziens gezien kunnen worden als het niet voldoen aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader. Er wordt immers in mindere mate voldaan aan het gelijkheidsbeginsel en het neutraliteitsbeginsel.

Daar waar in Nederland de roep vanuit de wetenschap tot invoering van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting (of winstbox) tot op heden tot niets heeft geleid (zie hoofdstuk 3.2.5.2), heeft de Duitse wetgever in 2008 bij de *Unternehmensteuerreform* een dergelijke belasting getracht in te voeren.⁴⁰⁰ Duitse personenvennootschappen hebben de mogelijkheid (optie) om niet-uitgekeerde winst hetzelfde te laten belasten als kapitaalvennootschappen (§ 34a EStG). De winst die in de onderneming blijft, wordt dus - ongeacht de rechtsvorm - gelijk belast (hetgeen mijns inziens duidt op een statische rechtsvormneutraliteit). Bij uitkering van de winst zorgt de regeling in beginsel (in de standaardberekeningen) voor een gelijke totale belastingdruk tussen een ondernemer die de onderneming drijft via een personenvennootschap en de directeur-(groot)aandeelhouder die de onderneming drijft door middel van een kapitaalvennootschap.

Met de invoering van de *Thesaurierungsbegünstigung* heeft de Duitse belastingwetgever de intentie getoond om een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting in te voeren.⁴⁰¹ Uit dat

³⁹⁸ Desens in Hermann/Heuer/Raupach, Einf. KSt, Anm.30.

³⁹⁹ Zie ook R. Offermanns, The entrepreneurship concept in a European comparative law perspective, Eucotax, Kluwer Law International, volume 5, 2002, blz. 151-154.

⁴⁰⁰ Dat neemt niet weg dat de discussie over rechtsvormneutraliteit in Duitsland nog lang niet is verstomd, aangezien de invoering van de *Thesaurierungsbegünstigung* niet heeft geleid tot rechtsvormneutraliteit. Zie bijvoorbeeld J. Hey, Perspektiven der Unternehmensbesteuerung, Gewerbesteuer - Gruppenbesteuerung - Verlustverrechnung - Gewinnermittlung, StuW 2/2011, blz. 131.

⁴⁰¹ Waarom de Duitse wetgever welwillender tegenover een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting staat en de Nederlandse wetgever niet, zou (deels) verklaard kunnen worden door het hoofdstuk 2.3.2 beschreven feit dat in Duitsland relatief gezien veel meer ondernemingen in de rechtsvorm van fiscaal transparante personenvennootschap worden gedreven dan in Nederland. Hoewel ik dat niet wetenschappelijk kan onderbouwen zou het kunnen dat mede door (politieke) druk van belangenorganisaties de Duitse wetgever tot

perspectief concludeer ik dat Duitsland op dit punt wel beter voldoet aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader. De *Thesaurierungsbegünstigung* voldoet mijns inziens echter niet goed aan de fiscaal-beleidsanalytische toets. De uitwerking (wettelijke invulling van de rechtsregel) spoort niet met de ratio en de Duitse regeling is allesbehalve eenvoudig. Ik licht dat hieronder nader toe.

Toepassing van de *Thesaurierungsbegünstigung* is optioneel, hetgeen er voor zorgt dat – ondanks de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever – er van echte rechtsvormneutraliteit geen sprake is. Daarnaast zorgt de uitwerking van de regeling (bij uitkering van de winst) er uiteindelijk voor dat er geen sprake is van rechtsvormneutraliteit, maar meer van het louter streven naar een gelijke globale belastingdruk tussen de ondernemer/natuurlijk persoon en de directeur-groootaandeelhouder met zijn kapitaalvennootschap, zoals dat ook in Nederland het geval is. Hierdoor wordt niet, of in mindere mate voldaan aan fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader. De *Thesaurierungsbegünstigung* kan met name interessant zijn voor ondernemers-natuurlijk personen met relatief hoge ondernemingswinsten en voor zelfstandige beroepsbeoefenaars. Invoering van een *Thesaurierungsbegünstigung* in Nederland zou voor de eerste groep (ondernemers-natuurlijk personen) interessant kunnen zijn. Door in Nederland een regeling in te voeren waarbij desbetreffende ondernemers zouden kunnen opteren om niet-uitgekeerde winsten te belasten tegen het VPB-tarief zou de fiscale prikkel om de onderneming om te zetten in een kapitaalvennootschap worden weggenomen. Uitkering van de winst op het latere moment zou dan tegen hetzelfde tarief belast moeten worden als de dividenduitkering aan de directeur-groootaandeelhouder. Nederland kent geen verschillende fiscale behandeling ten aanzien van zelfstandige beroepsbeoefenaars zodat deze reden voor invoering van een *Thesaurierungsbegünstigung* in Nederland niet van toepassing is.

Uit hoofdstuk 3.3.4.1 blijkt ook dat de *Thesaurierungsbegünstigung* in de uitvoering de nodige problemen kent. De regeling wordt daarnaast in de praktijk als uitermate complex ervaren, waardoor er in veel gevallen zelfs wordt afgezien van gebruikmaking van de regeling. De Duitse regeling voldoet daarmee niet, of in mindere mate aan de kwaliteitseisen van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid (onderdeel van de fiscaal-beleidsanalytische toets) en eenvoud/duidelijkheid/toegankelijkheid (onderdeel van de fiscaal-wetstechnische toets).

Ik kom daarmee tot de conclusie dat invoering van de *Duitse Thesaurierungsbegünstigung als zodanig* in Nederland niet aanbevelenswaardig is.⁴⁰² De *intentie* van de Duitse wetgever om een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting in te voeren vind ik aanbevelenswaardig voor de Nederlandse wetgever. Er wordt daarmee beter recht gedaan aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader. Als ooit in Nederland besloten wordt tot invoering van een rechtsvormneutrale ondernemingsbelasting zou het goed zijn om kennis te nemen van de Duitse ervaringen met de *Thesaurierungsbegünstigung*. In hoofdstuk 3.2.5.2 is weergegeven dat in Nederland al diverse onderzoeken op dit gebied zijn gedaan waaruit blijkt dat een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting – uit zowel juridische als economisch perspectief – is aan te bevelen. Tot op heden heeft de wetgever hier niets mee gedaan. Zoals in dat hoofdstuk reeds aangegeven, wegen mijns inziens de voordelen van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting zwaarder dan de nadelen. Mocht een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting (op korte termijn) niet haalbaar zijn, dan zou er mijns inziens op zijn minst gestreefd moeten worden naar dynamische rechtsvormneutraliteit. In hoofdstuk 10 komt dit aspect nadrukkelijk aan de orde.

3.4.3 De Gewerbesteuer, iets voor Nederland?

In hoofdstuk 3.5.2.3 ben ik ingegaan op de wens van de Nederlandse wetgever om het Nederlandse gemeentelijke belastingbeleid te hervormen. Alhoewel dat niet concreet als plan in Nederland aan de orde is gekomen, is het mijns inziens interessant te onderzoeken of een gemeentelijke ondernemingsbelasting, zoals de Duitse *Gewerbesteuer* aanbevelenswaardig voor Nederland zou kunnen zijn. In bovengenoemd hoofdstuk ben ik derhalve ingegaan op de overwegingen om de

dit initiatief is gekomen. Het zou mogelijk ook kunnen komen door dat in Duitsland in ieder geval in de wetenschap relatief veel aandacht is voor grondbeginselen en principes.

⁴⁰² In gelijke zin A.C. Breuer /A.J.A. Stevens, De Duitse *Thesaurierungsbegünstigung* voor IB ondernemingen: Model voor Nederland? Rijkersbundel, 2013, hoofdstuk 27, blz. 371-381.

Gewerbsteuer – die in Nederland tussen 1942-1950 van toepassing was – af te schaffen. Vervolgens heb ik in hoofdstuk 3.3.1.2 de Duitse ervaringen met de *Gewerbsteuer* uiteengezet.

De huidige, relatief kleine, rol voor gemeenten op het belastinggebied kan mijns inziens gezien worden als een mogelijke inbreuk op de subsidiariteit- en evenredigheidseis uit de nota *Zicht op wetgeving* (als onderdeel van de fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader). Deze eis houdt onder meer in dat, waar mogelijk, verantwoordelijkheden moeten worden gelaten of gelegd bij de decentrale overheden en maatschappelijke organisaties. Deze kwaliteitseis kan mijns inziens echter ook betekenen dat de verantwoordelijkheid wel op het juiste niveau ligt of op supranationaal niveau (EU-niveau) gelegd zou moeten worden. De overige toetsen zijn mijns inziens in casu niet aan de orde.

De ervaringen met de Duitse *Gewerbsteuer* in ogenschouw nemende en rekening houdend met de argumenten voor het afschaffen van een ondernemingsbelasting in Nederland in 1950, is mijn conclusie dat het niet aanbevelenswaardig is dat Nederland een *Gewerbsteuer* of soortgelijke ondernemingsbelasting op gemeentelijk niveau invoert.⁴⁰³ Ik ben het eens met Stevens die aangeeft dat de grotere autonomie van gemeenten staatsrechtelijk vooral gevoed wordt door het subsidiariteitsbeginsel, dat een krachtige traditie kent. “Regel centraal wat centraal moet, en decentraal wat decentraal kan.”⁴⁰⁴ Het lijkt me dat gezien het subsidiariteitsbeginsel de belastingheffing van ondernemingen niet op het niveau van de gemeenten thuishoort en gezien de internationale en Europese fiscale ontwikkelingen (zie hoofdstuk 2.7 en 2.8) wellicht niet eens meer op nationaal niveau. Al decennialang wordt er gesproken over één Europese markt en dat harmonisatie van belastingen op Europees of internationaal niveau gewenst is. Tot op heden is het hier nog nauwelijks van gekomen, aangezien landen vasthouden aan hun belastingsovereiniteit. Bij een invoering van een *Gewerbsteuer* in Nederland zou een speelveld gecreëerd worden, waarbij gemeenten elkaar op fiscaal gebied zouden beconcurreren om de gunsten van de ondernemer.⁴⁰⁵ Dit lijkt mij – gezien de huidige maatschappelijke discussies over belastingontwijking en fair share – geen gewenste ontwikkeling. Samenvattend, invoering van een *Gewerbsteuer* zou mijns inziens niet passen bij de internationale/Europese fiscale ontwikkelingen.

Er zijn mijns inziens nauwelijks goede gronden te vinden die invoering van een *Gewerbsteuer* op gemeentelijke niveau rechtvaardigen. Het bestaan van een *Gewerbsteuer* lijkt te zijn ontleend aan de budgettaire opbrengsten en de mogelijkheid voor gemeenten (lokale politici) om fiscaal instrumentalisme te bedrijven. De huidige vennootschapsbelasting splitsen in een subjectieve belasting en een objectheffing zou mijns inziens leiden tot een grote uitbreiding van de administratieve lasten voor zowel de overheid als de belastingplichtigen. Dit zou haaks staan op het streven van de Nederlandse wetgever om het belastingstelsel te vereenvoudigen⁴⁰⁶ en dit zou mijns inziens tevens betekenen dat er in mindere mate voldaan wordt aan de fiscaal-wetstechnische toets uit mijn toetsingskader. Daarnaast zijn er mijns inziens geen aantoonbare voordelen voor een splitsing van de vennootschapsbelasting in een subjectieve belasting op landelijk niveau en een objectheffing op gemeentelijk niveau. Sterker nog, als Nederland een *Gewerbsteuer* naar Duits voorbeeld zou invoeren, zou de belastingplichtige voortaan te maken krijgen met twee winstbelastingregimes. Mijns inziens leidt dit er toe dat er ook in mindere mate voldaan zal worden aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader (onderlinge-afstemming-eis).

⁴⁰³ In gelijke zin A.J.A. Stevens, *De Duitse Gewerbsteuer – anomalie in het veelkleurige land van de gemeentelijke belastingen?* In: *Lofzang op lokale heffingen (Monsma-bundel)*, SDU Uitgevers (2009), blz. 215.

⁴⁰⁴ L.G.M. Stevens, *Wenselijkheid en haalbaarheid van groter gemeentelijk belastinggebied*, WFR 2015/648.

⁴⁰⁵ Vergelijk de gemeentelijke concurrentie in Duitsland waar een aantal Duitse gemeenten, waaronder het Norderfriedrichskoog, een nulpercentage voor de Duitse *Gewerbsteuer* hanteerde. Sinds 2003 is een minimum-Hebesatz van 200% verplicht gesteld.

⁴⁰⁶ Zie bijvoorbeeld het nieuwsbericht van het Ministerie van Financiën van 18 januari 2016.

<https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2016/01/18/voorstellen-voor-vereenvoudiging-van-belastingwetgeving>.

Het enige aspect dat me wel aanspreekt, is dat de *Gewerbsteuer* van oorsprong rechtsvormneutraal is. Ongeacht de rechtsvorm is het de *onderneming* die als uitgangspunt wordt genomen. De *Gewerbsteuer* voldoet daarmee in beginsel in sterke mate aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader, zij het dat bijvoorbeeld de uitzondering voor beroepsbeoefenaars (van heffing van de *Gewerbsteuer*) weer gezien kan worden als een mogelijke inbreuk op het gelijkheidsbeginsel (en dus op de fiscaal-juridische toets). Voor een verdere gedachtegang over een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting verwijs ik naar hoofdstuk 3.4.2.

3.5 Schematische overzicht

Hieronder geef ik in een schema weer welke winstbelasting(en) van lichamen in beide landen van toepassing zijn, de tarieven en de relatie met de inkomstenbelasting. Er kunnen mijns inziens geen scherpe conclusies aan de percentages verbonden worden, aangezien ik allerlei regelingen, factoren en faciliteiten die van toepassing kunnen zijn buiten beschouwing heb gelaten. De belastingdruk per individueel geval zal afhankelijk van de feiten en omstandigheden (sterk) kunnen afwijken van de weergegeven percentages. Het gaat mijns inziens te ver om alle van toepassing zijnde regelingen en factoren nader te beschrijven en toe te lichten onder welke feiten en omstandigheden een bepaalde belastingdruk van toepassing zou zijn. Het schema heeft louter als doel om een snel overzicht te verkrijgen van de van toepassing zijnde winstbelastingen en op hoofdlijnen de relatie aan te geven met de inkomstenbelasting.

Op 10 oktober 2017 heeft de nieuwe Nederlandse regering het regeerakkoord voor de komende vier jaren bekend gemaakt, met daarin de nodige fiscale plannen. Onder andere is voorgesteld de statutaire tarieven in de vennootschapsbelasting in stappen te verlagen van 20% en 25% naar 16% en 21 % per 2021. Om een sterke aanzuigende werking naar de BV te voorkomen en om een globaal evenwicht te houden in belastingdruk wordt het box 2 tarief in stappen verhoogd van 25% naar 28,5% in 2021. De plannen uit het regeerakkoord zijn niet verwerkt in onderstaand schema. De nieuwe Duitse regering maakt op 7 februari 2018 in het regeerakkoord onder andere bekend de *Abgeltungsteuer* te willen afschaffen. Ook dat is nog niet meegenomen in onderstaande berekening.

Duitsland ⁴⁰⁷	Personenvennootschap zonder keuze Thesaurierungsbegünstigung		Personenvennootschap met keuze Thesaurierungsbegünstigung		Rechtspersoon	
Winst		€ 1.000.000		€ 1.000.000		€ 1.000.000
Körperschaftsteuer (15%)		n.v.t.		n.v.t.		€ 150.000
Gewerbesteuer (14%)		€ 140.000		€ 140.000		€ 140.000
Einkommenssteuer (45%)	€ 450.000		n.v.t.		n.v.t.	
Einkommenssteuer na Thesaurierungsbegünstigung (28,25%)	n.v.t.		€ 282.500		n.v.t.	
Gewerbesteuer verrekening (13,3%)	€ 133.000		€ 133.000		n.v.t.	
Einkommenssteuer	€ 317.000	€ 317.000	€ 149.500	€ 149.500		€ 0
Solidaritätszuschlag (5,5%)		€ 17.435		€ 8.223		€ 8.250
Winst na belasting		€ 525.565		€ 702.278		€ 701.750
Totale belasting		€ 474.435		€ 297.723		€ 298.250
Belastingdruk		47,44%		29,77%		29,83%
					Aandelen in ondernemings vermogen	Aandelen in privévermogen
Dividend		n.v.t.		n.v.t.	€ 701.750	€ 701.750
Teileinkünfteverfahren (40%)		n.v.t.		n.v.t.	€ 280.700	n.v.t.
Belastbaar inkomen		n.v.t.		n.v.t.	€ 421.050	n.v.t.
Einkommenssteuer (45%)		n.v.t.		n.v.t.	€ 189.473	n.v.t.
Einkommenssteuer Nachversteuerung (25%)		n.v.t.		€ 175.569	n.v.t.	n.v.t.
Abgeltungsteuer (25%)		n.v.t.		n.v.t.	n.v.t.	€ 175.438
Solidaritätszuschlag (5,5%)		n.v.t.		€ 9.656	€ 10.421	€ 9.649
Inkomen na belasting		€ 525.565		€ 517.052	€ 501.857	€ 516.663
Totale belasting		€ 474.435		€ 482.948	€ 498.143	€ 483.337
Belastingdruk		47,44%		48,29%	49,81%	48,33%

Nederland	Personenvennootschap				Rechtspersoon	
Winst		€ 1.000.000				€ 1.000.000
Vennootschapsbelasting (25%)		n.v.t.				€ 250.000
Dotatie aan FOR	(max) € 8.774				n.v.t.	
Zelfstandigenaftrek	€ 7.280				n.v.t.	
MKB winstvrijstelling (14%)	€ 138.980				n.v.t.	
	€ 844.966					
Inkomstenbelasting box 1 (52%)		€ 439.382			Fictief loon € 44.000	€ 22.880
						€ 727.120
Inkomstenbelasting box 2 (25%)						€ 181.780
Winst na belasting		€ 560.618				€ 545.340
Totale belasting		€ 439.382				€ 454.660
Belastingdruk		43,93%				45,46%

⁴⁰⁷ Voor een gedetailleerder overzicht verwijst ik naar G. Harle/G. Kulemann, Besteuerung der Kapital- und Personengesellschaften nach der Unternehmenssteuerreform 2008 - ein Belastungsvergleich, GmbHHR 21/2007, blz. 1138-1144.

4 Subjectieve belastingplicht en vrijstellingen

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk onderzoek ik wie belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting, respectievelijk de *Körperschaftsteuer*. In hoofdstuk 4.2 ga ik in op de subjectieve belastingplicht en subjectieve vrijstellingen in de vennootschapsbelasting. Daarbij behandel ik het onderscheid tussen de binnenlandse en buitenlandse belastingplichtigen en het onderscheid tussen onbeperkte en beperkte belastingplichtigen. Uit mijn analyse van de subjectieve belastingplicht in de vennootschapsbelasting zal blijken dat er het nodige is op te merken over de aanknopingspunten voor de subjectieve belastingplicht in de wet op de vennootschapsbelasting 1969. Dit werk ik uit in hoofdstuk 4.2.4, waarin ik deze discussiepunten nader bespreek, toets aan mijn in 1.3.2.4 weergegeven toetsingskader en mijn eigen mening daarover geef.

Vervolgens onderzoek ik hoe de subjectieve belastingplicht en subjectieve vrijstellingen in de *Körperschaftsteuer* zijn vormgegeven. Hierbij zal voor zover mogelijk eenzelfde paragraafindeling worden gehanteerd als bij de Nederlandse uiteenzetting. Het onderzoek naar de subjectieve belastingplicht en vrijstellingen in Duitsland heeft als doel om een analyse te kunnen maken van hoe Duitsland met de in hoofdstuk 4.2.4 benoemde (Nederlandse) discussiepunten omgaat en of aldaar rechtsregels of ontwikkelingen ten aanzien van deze discussiepunten aanbevelenswaardig voor Nederland zouden kunnen zijn. Dit toets ik wederom aan de hand van mijn in hoofdstuk 1.3.2.4 opgestelde toetsingskader.

Ik heb de keuze gemaakt de mijns inziens meest fundamentele en conceptuele discussiepunten omtrent de subjectieve belastingplicht uit te werken. Zoals in hoofdstuk 1.5 al aangegeven ga ik in mijn onderzoek in beginsel niet in op leerstukken met een grensoverschrijdend karakter. Vandaar dat in dit hoofdstuk (ook omwille van de omvang) niet of nauwelijks wordt ingegaan op de problematiek omtrent het begin en einde van de subjectieve belastingplicht, de belastingplicht van buitenlandse belastingplichtigen, vaste inrichtingen, de voorkoming van dubbele belasting en de eindafrekeningsbepalingen. Volledigheidshalve merk ik op dat ik in dit hoofdstuk ook niet de belastingplicht voor de *Gewerbesteuer* bespreek. De *Gewerbesteuer* betreft namelijk een objectbelasting, waarbij dus in principe onafhankelijk van het subject (en rechtsvorm) het object (*Gewerbe*) centraal staat.

4.2 Nederland

4.2.1 Binnenlandse belastingplicht

Blijkens art. 1 Wet VPB 1969 zijn de lichamen die worden genoemd in art. 2 en 3 Wet VPB 1969 subjectief belastingplichtig.⁴⁰⁸ Van het begrip lichaam is geen definitie in de wet te vinden. Het is een verzamelnaam voor de in art. 2 en 3 Wet VPB 1969 opgesomde rechtsvormen. De genoemde rechtsvormen in art. 2 Wet VPB 1969 zijn de volgende:

- a. Naamloze vennootschappen (NV), besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (BV), open commanditaire vennootschappen (open CV) en andere vennootschappen welke kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld;
- b. Coöperaties en verenigingen op coöperatieve grondslag;
- c. Onderlinge waarborgmaatschappijen en verenigingen welke op onderlinge grondslag als verzekeraar of bank optreden;
- d. Verenigingen en stichtingen die op de voet van de Woningwet bij Koninklijk besluit zijn toegelaten als instellingen die in het belang van de volkshuisvesting werkzaam zijn;
- e. Hiervoor niet genoemde verenigingen en stichtingen alsmede andere dan publiekrechtelijke rechtspersonen, indien en voor zover zij een onderneming drijven;
- f. Fondsen voor gemene rekening;
- g. Publiekrechtelijke rechtspersonen niet zijnde de Staat, die niet al op grond van de onderdelen a, b, c, d en e belastingplichtig zijn, voor zover zij een onderneming drijven.

⁴⁰⁸ Art. 3 Wet VPB 1969 gaat over de buitenlandse belastingplichtigen. Behoudens een korte beschrijving in hoofdstuk 4.2.3 behandel ik de buitenlandse belastingplichtige in mijn onderzoek verder niet.

4.2.1.1 Historie

Vanaf de invoering van een winstbelasting in Nederland in 1940 zijn in de vennootschapsbelasting de belastingsubjecten vooropgesteld.⁴⁰⁹ De Duitsers hadden hetzelfde gedachtengoed, wat onder meer bleek uit het Besluit VPB 1942 waarin een opsomming was opgenomen van bij name genoemde lichamen die subjectief belastingplichtig waren voor de vennootschapsbelasting.⁴¹⁰ Naamloze vennootschappen en andere lichamen behoorden ten aanzien van de heffing van belastingen in dezelfde positie te verkeren als natuurlijk personen, aldus de Leidraad VPB 1942.⁴¹¹ In de parlementaire behandeling bij de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 is toegelicht dat het woord *lichaam* in art. 1 Wet VPB 1969 dient als verzamelbegrip voor alle belastingplichtigen in de vennootschapsbelasting.⁴¹² Verburg geeft aan dat het ontbreken van een omschrijving van het begrip lichaam in de vennootschapsbelasting historisch is te verklaren. Vanwege de centrale plaats die de belastingheffing van de NV innam in de belastingheffing werden de in de wet opgesomde lichamen, min of meer als afgeleiden van de NV behandeld. Het is er volgens hem niet meer van gekomen de subjectieve belastingplicht te groeperen rondom het begrip lichaam.⁴¹³

4.2.1.2 Aanknopingspunt voor belastingplicht

Verburg geeft mijns inziens kernachtig het streven van de fiscale wetgever omtrent de subjectieve belastingplicht weer. Hij merkt op dat voor de vennootschapsbelasting de taak is weggelegd de winst van die ondernemingen in de belastingheffing te betrekken die buiten het bereik van de inkomstenbelasting zijn gebleven.⁴¹⁴ Uit de huidige limitatieve opsomming blijkt dat de wetgever daarvoor geen volledige aansluiting heeft gezocht bij het begrip *rechtspersonen* uit het civiele recht. Ook niet-rechtspersonen, waarvan de participaties vrij verhandelbaar zijn (zoals de open CV en open fonds voor gemene rekening), zijn vennootschapsbelastingplichtig. Er is ook geen volledige aansluiting gezocht bij het criterium *vrije verhandelbaarheid van participaties* voor de vennootschapsbelastingplicht, want dan zou de BV niet als subjectief vennootschapsbelastingplichtig moeten worden aangemerkt. Uit de opgesomde rechtsvormen kunnen derhalve twee categorieën worden onderscheiden die vennootschapsbelastingplichtig zijn, namelijk

- i. rechtspersonen en
- ii. niet rechtspersonen met vrij verhandelbare participaties.⁴¹⁵

Vervolgens kan er nog een onderscheid gemaakt worden tussen de onder i. en ii. genoemde rechtsvormen die onbeperkt, respectievelijk beperkt binnenlands belastingplichtig zijn.

⁴⁰⁹ Volgens Prinsen had dit geen principiële bedoelingen, maar louter praktische motieven. Zie J. Verburg, Vennootschapsbelasting, Fiscale Hand - en Studietoeken nr. 4 Kluwer, 2e druk, 2000, paragraaf 3.1.

⁴¹⁰ Naast de al genoemde belastingplichtige subjecten uit het besluit winstbelasting 1940 werden ook de nijvere stichtingen alsmede de buitenlandse lichamen als belastingsubjecten opgenomen. Zie hierover ook C.L. van Lindonk, De onderneming en haar fiscale verschijningsvormen, Gouda Quint BV, Arnhem 1990, paragraaf 1.1.B.7.

⁴¹¹ Leidraad Vpb. 1942, paragraaf 1, onderdeel 3.

⁴¹² Kamerstukken II, 1959-1960, 6000, nr. 3, blz. 17.

⁴¹³ J. Verburg, Vennootschapsbelasting, Fiscale Hand - en Studietoeken nr. 4 Kluwer, 2e druk, 2000, paragraaf 3.2.

⁴¹⁴ J. Verburg, Vennootschapsbelasting, Fiscale Hand - en Studietoeken nr. 4 Kluwer, 2e druk, 2000, paragraaf 3.2. Dit kan min of meer ook opgemaakt worden uit Kamerstukken II, 1962-1963, 6.000, nr. 9, blz. 6. Daar is het volgende opgemerkt: "Het Nederlandse rechtssysteem laat door zijn lenigheid de ondernemer de mogelijkheid om voor zijn onderneming rechtsvormen te kiezen welke niet zijn die van de NV of van de commanditaire vennootschap op aandelen, doch wel vergelijkbare voordelen bieden. Wil geen lek ontstaan, dan zal de belastingwet eenzelfde lenigheid moeten bezitten, zodat haar werking zich ook uitstrekt tot associaties welke niet precies in rechtsvorm doch wel in economische functie overeenstemmen met die vennootschappen met het oog waarop de belasting in het bijzonder in het leven is geroepen."

⁴¹⁵ In gelijke zin Geschriften van de Vereniging voor belastingwetenschap, rapport en bespreking van het rapport samenwerkingsverbanden en ondernemingswinst, nr. 223, Kluwer, 2004, paragraaf 2.3.1. en Cursus Belastingrecht 1.0.1.A.b.

In de Wet VPB 1969 (en voorgangers) is geen vangnetbepaling opgenomen; de lijst in art. 2 Wet VPB 1969 is met andere woorden uitputtend.⁴¹⁶

4.2.1.3 Vestigingsplaats⁴¹⁷

De genoemde lichamen in art. 1 Wet VPB 1969 zijn binnenlands belastingplichtig indien de lichamen in Nederland zijn gevestigd (art. 2, eerste lid, aanhef, Wet VPB 1969). Volgens art. 4 van de Algemene Wet inzake Rijksbelasting (AWR) wordt de vraag waar iemand woont en waar een lichaam gevestigd is naar de omstandigheden beoordeeld.⁴¹⁸ Daarnaast geldt in Nederland een vestigingsplaatsfictie. Indien lichamen zijn opgericht naar Nederlands recht dan worden deze lichamen geacht te zijn gevestigd in Nederland (art. 2 lid 4 Wet VPB 1969). Deze bepaling vinden we voor het eerst terug in het Besluit VPB 1942 en heeft qua oorsprong een relatie met de Rijkswet zetelverplaatsing. De bepaling had tot doel er voor te zorgen dat in geval van oorlog of iets dergelijks, de naar Nederlands recht opgerichte lichamen hun feitelijke leiding zouden kunnen verplaatsen naar de Koninkrijksdelen overzee zonder dat dan eindafrekening het resultaat zou zijn.⁴¹⁹ Art. 2 lid 4 Wet VPB 1969 heeft in de loop der jaren aan belang ingeboet door een steeds groter wordende limitatieve opsomming van wetsartikelen waarnaar de vestigingsplaatsfictie niet doorwerkt. Wel speelt de vestigingsplaatsfictie een rol in de in hoofdstuk 2.3.1 besproken aantrekkelijkheid van ons fiscale vestigingsklimaat. Door de fictie is het voor zogenoemde brievenbusmaatschappijen relatief eenvoudig in Nederland gevestigd te zijn en fiscaal te kwalificeren als inwoner. Dat laatste geeft toegang tot het uitgebreide Nederlandse verdragennetwerk.⁴²⁰ Indien een lichaam naar Nederlands recht is opgericht, maar feitelijk is gevestigd in een land waarmee Nederland een belastingverdrag heeft afgesloten, zorgt de zogeheten "tie-breaker-rule" er voor dat het land waar de feitelijke leiding van het lichaam wordt uitgeoefend als verdragswoonstaat wordt aangewezen.⁴²¹

4.2.1.4 Onbeperkt binnenlands belastingplichtig

Onbeperkt binnenlands belastingplichtigen worden in de heffing betrokken voor hun wereldwijde winst, opgevat volgens hoofdstuk II van de Wet VPB 1969.⁴²² De onbeperkte belastingplicht houdt in

⁴¹⁶ Daardoor is bijvoorbeeld onzeker of een trust die is gevestigd in Nederland binnenlands belastingplichtig is. Ook Verburg wijst er op dat het thans mogelijk is dat naar vreemd recht opgerichte lichamen, die - naar de omstandigheden beoordeeld - in Nederland gevestigd zijn, niet in de vennootschapsbelasting kunnen worden betrokken, omdat zij niet gerangschikt kunnen worden onder de in art. 2 Wet VPB 1969 vermelde lichamen. Als voorbeeld noemt hij een niet als rechtspersoon aan te merken trust. J. Verburg, Vennootschapsbelasting, Fiscale Handboeken nr. 4, 2000, paragraaf 3.2.

⁴¹⁷ Voor een uitgebreide uiteenzetting over de vestigingsplaats verwijst ik naar de landenrapporten (in casu Nederland) van het congres in Lodz in 2017 van de European Association of Tax Law Professors (EATLP) over "Corporate Tax Residence and mobility". Het rapport is te vinden op de website van EATLP.

⁴¹⁸ Stevens geeft een opsomming van de verschillende factoren die van belang zijn bij het bepalen van de vestigingsplaats die uit de jurisprudentie gedestilleerd kunnen worden S.A. Stevens, Belastingplicht in de vennootschapsbelasting, FED Fiscale Brochures, Kluwer 2009, paragraaf 1.4.2. Verburg wijst er op dat de oorsprong van deze algemene regel voor wat lichamen betreft, is te vinden in een rechterlijk vonnis gewezen in 1912 (Rechtbank Rotterdam 19 december 1912, B 1124) J. Verburg, Vennootschapsbelasting, Fiscale Hand - en Studietoeken nr. 4 Kluwer, 2^e druk, 2000, paragraaf 3.3.1.

⁴¹⁹ Zie J.A.G. van der Geld, Hoofdzaken Vennootschapsbelasting, FED Fiscale Studieseries nr. 31, 9^e druk, Kluwer, 2013, paragraaf 4.2.

⁴²⁰ De staatssecretaris heeft in een brief van 4 november 2016 aan de Tweede Kamer aangegeven niets te zien in het inbouwen van substance-eisen in de fictieve vestigingsplaatsseis. Voor een kritische uiteenzetting en pleidooi voor het afschaffen van de fictieve vestigingsfictie om zo belastingontwijking te voorkomen zie J.J. van den Broek, De fictieve vestigingsplaatsfictie, een achterhaald verschijnsel, NTFR 2017/1845.

⁴²¹ Uit HR 17 februari 1993, nr. 28 260, BNB 1994/163 blijkt dat het lichaam nog wel als binnenlandse belastingplichtige wordt aangemerkt.

⁴²² Nederland heeft een groot verdragennetwerk en nationale regels (Besluit voorkoming dubbele belasting 2001) waarin regels zijn opgenomen ter voorkoming van dubbele belasting.

dat de desbetreffende lichamen met al hun doen en laten onder de vennootschapsbelasting vallen. De onbeperkte belastingplicht blijkt uit art. 2 lid 5 Wet VPB 1969 waarin staat dat genoemde lichamen geacht worden hun onderneming te drijven met behulp van hun gehele vermogen. Het huidige art. 2 lid 5 Wet VPB 1969 komt overeen met art. 8 Besluit VPB 1942 waarin werd aangegeven dat *“het gehele vermogen als bedrijfsvermogen wordt beschouwd”*. Het gevolg van de onbeperkte belastingplicht is dat er geen vermogensetiketteringsproblemen zijn, omdat al het vermogen en de inkomsten daaruit tot het vermogen van de onderneming worden gerekend. Daarnaast blijkt hieruit dat het voor de belastingplicht niet uitmaakt wat de aard van de activiteiten is (beleggingsactiviteiten worden in beginsel niet anders behandeld dan ondernemingsactiviteiten). Als onbeperkt belastingplichtigen worden op grond van art. 2 lid 5 Wet VPB 1969 aangemerkt:

- a. NV, BV, open CV en andere vennootschappen welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld;
- b. Coöperaties en verenigingen op coöperatieve grondslag;
- c. Onderlinge waarborgmaatschappijen en verenigingen welke op onderlinge grondslag als verzekeraar of bank optreden;
- d. Verenigingen en stichtingen die op de voet van de Woningwet bij Koninklijk besluit zijn toegelaten als instellingen die in het belang van de volkshuisvesting werkzaam zijn;

Een (open) fonds voor gemene rekening⁴²³ wordt ook als onbeperkt belastingplichtig lichaam aangemerkt. Niet op grond van lid 5, maar op grond van een eigen definitie in art. 2 lid 3 Wet VPB 1969 blijkt dat een (open) fonds voor gemene rekening fictief als onderneming wordt aangemerkt. In de volgende paragrafen worden de bovengenoemde rechtsvormen nader toegelicht. In mijn onderzoek ga ik niet in op de Europeesrechtelijke rechtspersonen EESV (Europees Economisch Samenwerkingsverband), SE (Societas Europaea) en SCE (Societas Cooperative Europaea).⁴²⁴

4.2.1.4.1 NV

De NV is historisch gezien de belangrijkste rechtsvorm in de vennootschapsbelasting. Voor het begrip NV sluit de vennootschapsbelasting aan bij het civiele recht.⁴²⁵ De NV is een rechtspersoon met een in overdraagbare aandelen verdeeld maatschappelijk kapitaal en de aandeelhouders zijn slechts aansprakelijk voor hun inbreng.

4.2.1.4.2 BV

De BV is vanaf de introductie ervan in 1971⁴²⁶ aan de opsomming als subjectief belastingplichtige voor de vennootschapsbelasting toegevoegd. Voor het begrip BV sluit de vennootschapsbelasting aan bij het civiele recht.⁴²⁷ Een BV is een rechtspersoon met in een aandelen verdeeld kapitaal en de aandeelhouders zijn slechts aansprakelijk voor hun inbreng. De aandelen zijn in beginsel niet vrij overdraagbaar. Per 1 oktober 2012 is de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht inwerking getreden. Dit houdt onder meer in dat vanaf genoemde datum BV's ook stemrechtloze of winstrechtloze aandelen kunnen uitgeven en dat de aandelen vrij overdraagbaar kunnen zijn.⁴²⁸

4.2.1.4.3 Open CV

Een CV heeft (civielrechtelijk) geen rechtspersoonlijkheid en heeft geen in een aandelen verdeeld kapitaal.⁴²⁹ Civielrechtelijk wordt er geen onderscheid gemaakt tussen een open en besloten CV. De

⁴²³ Een fonds voor gemene rekening kan omschreven worden als een afgescheiden vermogen zonder rechtspersoonlijkheid.

⁴²⁴ Voor een uiteenzetting van deze rechtsvormen verwijs ik naar S.A. Stevens, Belastingplicht in de vennootschapsbelasting, FED Brochure, Kluwer, 2009, paragraaf 2.10.

⁴²⁵ Boek 2 Burgerlijk Wetboek, Titel 4 (art. 64-174a).

⁴²⁶ Aanpassingswet BV 3 mei 1971, Stb. 287, als reactie op de eerste richtlijn van de Raad van Europese Gemeenschappen van 9 maart 1968 inzake het vennootschapsrecht.

⁴²⁷ Boek 2 Burgerlijk Wetboek, Titel 5 (art. 175-284a).

⁴²⁸ Voor een uiteenzetting van de fiscale aspecten van de flexibele BV verwijs ik naar J.L. van de Streek, De nog steeds starre aspecten van de flexibele BV, deel I en deel II, WFR 2011/819 en WFR 2001/846.

⁴²⁹ Civielrechtelijke bepalingen aangaande de CV zijn opgenomen in art. 19 tot 21 en art. 30 lid 2 Wetboek van Koophandel.

CV wordt aangegaan door middel van een contractuele overeenkomst. De CV kent één of meer beherende vennoten en één of meer commanditaire vennoten. De beherende vennoten zijn hoofdelijk aansprakelijk en de commanditaire vennoten beperkt.

Fiscaal wordt er een onderscheid gemaakt tussen een open CV en besloten CV. Laatstgenoemde is fiscaal transparant wat inhoudt dat niet de CV maar de achterliggende participanten, naar rato van hun gerechtigheid tot het vermogen en de winst van de CV, in de heffing (inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting) worden betrokken. In art. 2 lid 3, onderdeel c AWR staat een definitie van de open CV. Een CV wordt op grond van art. 2 lid 3, onderdeel c AWR als open beschouwd als buiten het geval van vererving of legaat toetreding of vervanging van commanditaire vennoten kan plaats hebben zonder toestemming van alle (beherende en commanditaire) vennoten.⁴³⁰ Hoewel de open CV onbeperkt belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting wordt het *object* van heffing van de open CV beperkt tot het winstaandeel van de commanditaire vennoten. Op grond van art. 9 lid 1, onderdeel e Wet VPB 1969 is het gedeelte van de winst van een open CV dat toekomt aan de beherende vennoot aftrekbaar. Op grond van het arrest BNB 1982/268⁴³¹ wordt ook de *subjectieve* belastingplicht van de open CV beperkt tot het commanditaire gedeelte.

De benaming *open CV* vinden we voor het eerst terug na de inwerkingtreding van de Wet tot afschaffing van de commanditaire vennootschap op aandelen van 28 mei 1975, Stb. 277. De *CV op aandelen* werd afgeschaft, vanwege de aansluiting bij het Europese vennootschapsrecht. De Europese richtlijn van 9 maart 1968 inzake het vennootschapsrecht had als doel het coördineren van bepaalde rechtsvormen ter bescherming van vennoten en derden. Zou in de Nederlandse wetgeving een CV op aandelen gecreëerd worden naar het model dat de opstellers van de richtlijn voor ogen heeft gestaan, dan zou dit volgens de wetgever moeten leiden tot een vennootschap op aandelen, met rechtspersoonlijkheid, onderworpen aan de plicht tot volledige publicatie van de jaarstukken en aan enkele andere specifieke bepalingen van de richtlijn. Volgens de wetgever zou er geen behoefte zijn aan een dergelijke rechtsvorm en derhalve werd aan de CV op aandelen in ons rechtstelsel geen plaats meer toegekend.⁴³² Fiscaal gezien had de andere benaming en civielrechtelijke wijziging nauwelijks betekenis, maar om de schijn te vermijden dat de CV op aandelen in het belastingrecht nog zou blijven voortleven werd de term vervangen door open CV.⁴³³ Daarbij is direct geregeld dat in art. 2 lid 3, onderdeel f AWR de deelgerechtigheid van een commanditaire vennoot in een open CV ten behoeve van de belastingheffing als aandeel wordt bestempeld.⁴³⁴

Vermeldingswaardig is nog het rapport over modernisering personenvennootschappen dat een in privé geïnitieerde werkgroep op 26 september 2016 heeft aangeboden aan de Minister van Veiligheid en Justitie. In een brief van 9 december 2016 over de modernisering van het ondernemingsrecht heeft de Minister laten weten te willen voortbouwen op het rapport.⁴³⁵ Het rapport geeft een overzicht van de belangrijkste onderwerpen die de werkgroep heeft gesignaleerd in de huidige wettelijke regeling over de personenvennootschappen die in de praktijk tot problemen of onduidelijkheden leiden, dan wel aanvulling behoeven. Hierbij doet de werkgroep concrete aanbevelingen tot verbetering en verduidelijking. Voor de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting zou de fiscale transparantie van personenvennootschappen het uitgangspunt blijven. Dit geldt ook in de situatie van de invoering van een verplichte rechtspersoonlijkheid voor openbare personenvennootschappen, zoals wordt voorgestaan door de

⁴³⁰ Voor de praktijk is met name het toestemmingsvereiste een lastige bepaling. Inzake het toestemmingsvereiste voor de commanditaire vennootschap verwijs ik naar het besluit van de staatssecretaris van 15 december 2015, nr. BLKB2015/1209M, V-N 2016/2.3.

⁴³¹ HR 7 juli 1982, nr. 20655, BNB 1982/268c. De Hoge Raad oordeelde dat een beherend vennoot in een open CV rechtstreeks - op de grondslag voor het behaalde en niet op die van het uitgedeelde resultaat - wordt betrokken.

⁴³² Kamerstukken II, 1972-1973, 12055, nr. 3 blz. 3.

⁴³³ Kamerstukken II, 1972-1973, 12055, nr. 3 blz. 3.

⁴³⁴ Voor een uitvoerige beschrijving van de fiscale aspecten van de commanditaire vennootschap verwijs ik naar A.J.A. Stevens, *Fiscale aspecten van de Commanditaire Vennootschap*, Kluwer 2002, waarin in paragraaf 5.1.2.2 de historie van de CV op aandelen en open CV staat beschreven.

⁴³⁵ Brief Minister van Veiligheid en Justitie, 9 december 2016, kenmerk 2024822, V-N 2017/8.25.

werkgroep. De invoering van rechtspersoonlijkheid bij een personenvennootschap kan wel gevolgen hebben voor de toepassing van de overdrachtsbelasting. De minister geeft aan dat hij voornemens is om samen met de staatssecretaris van Financiën te werken aan een voorontwerp van een wettelijke regeling, die via internet ter consultatie wordt voorgelegd.

4.2.1.4.4 Andere vennootschappen met (deels) in aandelen verdeeld kapitaal

De burgerlijke maatschap op aandelen en de naar buitenlands recht opgerichte vennootschappen met (deels) in aandelen verdeeld kapitaal vallen onder de categorie "andere vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal".⁴³⁶ Voor de praktijk zijn de laatstgenoemden, kort geformuleerd de buitenlandse look-a-likes van de Nederlandse lichamen veruit het belangrijkste.

Nederland kent ten aanzien van de kwalificatiemethode geen wettelijke regeling. Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat de kwalificatie op basis van de vergelijkbaarheid ("corporate resemblance", "Typenvergleich") met binnenlandse equivalenten dient plaats te vinden.⁴³⁷ Er bestaat enige onduidelijkheid over de fiscale kwalificatie van buitenlandse look-a-likes als een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal. De Hoge Raad besliste in BNB 1978/13 bijvoorbeeld dat voor de beantwoording van de vraag of een vennootschap dient te worden gerekend tot de "andere vennootschappen welke kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld" niet alleen als maatstaf geldt of het vennootschappelijk kapitaal van de desbetreffende vennootschap al dan niet in gelijke of evenredige aandelen is verdeeld, maar dat mede bepalend is of die vennootschap naar haar aard ook economisch en maatschappelijk met de in genoemde bepaling meer specifiek aangeduide vennootschappen voldoende overeenstemt. Het is nog steeds niet helder wanneer dat laatste het geval is. Ook de uitspraak van Hof Amsterdam en de Hoge Raad in de Limited Liability Company (LLC) zaak geeft geen eenduidig raamwerk voor de fiscale kwalificatie van buitenlandse look-a-likes.⁴³⁸ Wat betreft de Duitse GmbH heeft de Hoge Raad op 1 april 2005 expliciet de zienswijze van Hof Amsterdam bevestigd dat het *Stammkapital* van een GmbH moet worden gelijkgesteld aan 'kapitaal dat geheel of ten dele in aandelen is verdeeld'.⁴³⁹

Naast de relevante jurisprudentie is het besluit ter kwalificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden van belang.⁴⁴⁰ Aan de hand van dit besluit wordt bepaald of deze in Nederland gevestigde of uit Nederlandse inkomensbronnen genietende buitenlandse lichamen in Nederland belastingplichtig zijn voor de vennootschapsbelasting. In het besluit staan de kaders waarbinnen een buitenlands lichaam voor de Nederlandse belastingheffing als transparant of niet-transparant wordt aangemerkt. Allereerst wordt aan de hand van de civielrechtelijke wet- en regelgeving van het desbetreffende land, de statuten of overeenkomst van het lichaam en de Nederlandse wet- en regelgeving beoordeeld of een buitenlands lichaam overeenkomt met een kapitaalvennootschap of met een personenvennootschap. Kapitaalvennootschappen zijn voor de Nederlandse belastingheffing niet-transparant en subjectief belastingplichtig. Personenvennootschappen zijn voor Nederlandse fiscale maatstaven in beginsel wel transparant, tenzij op grond van art. 2 lid 3 AWR of het hiervoor behandelde BNB 1978/13 de desbetreffende personenvennootschap als kapitaalvennootschap geduid moet worden. Voor de beoordeling is met name van belang (A) of het samenwerkingsverband eigendom kan hebben, (B) of de participanten aansprakelijk kunnen zijn, (C) of het samenwerkingsverband een in aandelen verdeeld kapitaal heeft en (D) of de participaties vrij overdraagbaar zijn. Indien drie van de vier vragen met "ja" kan worden

⁴³⁶ De burgerlijke maatschap op aandelen, welke ik in de praktijk overigens nog nooit ben tegengekomen, valt onder deze categorie, indien het vennootschappelijke kapitaal is verdeeld in gelijke delen en voor de vervreemding van een aandeel niet de toestemming is vereist van alle vennoten. Dit is beslist in HR 24 november 1976, nr. 17 998, BNB 1978/13.

⁴³⁷ In gelijke zin A.J.A. Stevens, Enige internationaalrechtelijke, fiscale aspecten van personenvennootschappen, TFO 2015/140.2, onderdeel 3.

⁴³⁸ Hof Amsterdam 18 februari 2004, nr. P02/06378, P03/01146, P03/01147 en HR 2 juni 2006, rolnr. 40 919, BNB 2006/288.

⁴³⁹ HR 1 april 2005, nr. 37 034, BNB 2005/226.

⁴⁴⁰ Meest recent het Besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519, BNB 2010/58.

beantwoord is in beginsel sprake van een niet-transparante vennootschap.⁴⁴¹ Bij de CV-achtigen is de hiervoor in hoofdstuk 4.2.1.4.3 besproken toestemmingsvereiste doorslaggevend.⁴⁴²

4.2.1.4.5 Coöperaties en verenigingen op coöperatieve grondslag

Voor het begrip coöperatie sluit de vennootschapsbelasting aan bij het civiele recht.⁴⁴³ Historisch gezien is er een tweetal opvattingen te onderscheiden wat betreft de vennootschapsbelasting van een coöperatie. Indien de coöperatie louter als verlengstuk gezien moet worden van de leden, dan zou er geen subjectieve vennootschapsbelastingplicht moeten gelden voor de coöperatie. Deze verlengstukgedachte zou echter ook kunnen gelden voor de NV of BV met haar aandeelhouders, zodat er geen specifieke reden is de coöperatie anders dan andere lichamen te behandelen. De wetgever heeft als uitgangspunt gekozen voor een volledige subjectieve vennootschapsbelastingplicht voor coöperaties. Vervolgens gelden er specifieke regels en wordt de winst gesplitst in een deel verlengstukwinst en deel verzelfstandigde winst.⁴⁴⁴ Indien aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan, is de verlengstukwinst niet met vennootschapsbelasting belast. In mijn onderzoek zal ik verder niet nader ingaan op de fiscale behandeling van coöperaties of verenigingen op coöperatieve grondslag.⁴⁴⁵

4.2.1.4.6 Onderlinge waarborgmaatschappijen en verenigingen welke op onderlinge grondslag als verzekeraar of bank optreden

Voor het begrip onderlinge waarborgmaatschappij sluit de vennootschapsbelasting aan bij het civiele recht.⁴⁴⁶ In mijn onderzoek zal ik verder niet nader ingaan op de fiscale behandeling van onderlinge waarborgmaatschappijen en verenigingen welke op onderlinge grondslag als verzekeraar of bank optreden.⁴⁴⁷

4.2.1.4.7 Verenigingen en stichtingen die op de voet van de Woningwet bij Koninklijk besluit zijn toegelaten als instellingen die in het belang van de volkshuisvesting werkzaam zijn

Zoals nog zal blijken, zijn verenigingen en stichtingen alleen subjectief vennootschapsbelastingplichtig indien en voor zover zij een onderneming drijven. Woningbouwlichamen, zijnde verenigingen en stichtingen die op de voet van de Woningwet bij Koninklijk besluit zijn toegelaten als instellingen die in het belang van de volkshuisvesting werkzaam zijn, zijn echter per 1 januari 2008 volledig subjectief vennootschapsbelasting gemaakt. In mijn onderzoek zal ik verder niet nader ingaan op de fiscale behandeling van woningbouwlichamen.⁴⁴⁸

4.2.1.4.8 Open fonds voor gemene rekening

In art. 2 is het fonds voor gemene rekening expliciet opgenomen in de opsomming (lid 1, onderdeel f) van binnenlands belastingplichtigen. De vennootschapsbelasting kent een eigen definitie van het begrip fonds voor gemene rekening. In art. 2 lid 3 Wet VPB 1969 is opgenomen dat onder een fonds voor gemene rekening wordt verstaan een fonds ter verkrijging van voordelen voor de

⁴⁴¹ Daarnaast actualiseert de Belastingdienst met enig regelmaat een lijst met gekwalificeerde samenwerkingsverbanden, waarin expliciet de beoordeelde samenwerkingsverbanden zijn opgenomen. De meest recente lijst is te vinden op de website van de Nederlandse Belastingdienst.

⁴⁴² Voor een analyse van de kwalificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden zie A.J.A. Stevens, Enige internationaalrechtelijke fiscale aspecten van personenvennootschappen, TFO 2015/140.2, paragraaf 3.

⁴⁴³ Art. 2.53 lid 1 BW. De coöperatie is geregeld in Boek 2 Burgerlijk Wetboek, Titel 3 (art. 53-63).

⁴⁴⁴ Zie hiervoor ook het besluit van de Staatssecretaris van 17 januari 2006, nr. CPP2005/1489M, BNB 2006/42.

⁴⁴⁵ Voor een uiteenzetting van de fiscale behandeling van een coöperatie verwijs ik naar J.A.G. van der Geld, Hoofdzaken vennootschapsbelasting, FED fiscale studieseries nr. 31, Kluwer, 11^e druk, hoofdstuk 12.

⁴⁴⁶ Art. 2.53 lid 2 BW. De onderlinge waarborgmaatschappij is net zoals de coöperatie geregeld in Boek 2 Burgerlijk Wetboek, Titel 3 (art. 53-63).

⁴⁴⁷ Voor een uiteenzetting verwijs ik naar S.A. Stevens, Belastingplicht in de vennootschapsbelasting, FED Brochure, Kluwer, 2009, paragraaf 2.7.

⁴⁴⁸ Voor een uiteenzetting verwijs ik naar J.A.G. van der Geld, Hoofdzaken vennootschapsbelasting, FED fiscale studieseries nr. 31, Kluwer, 11^e druk, paragraaf 4.2.1.4.

deelgerechtigden door het voor gemene rekening beleggen of anderszins aanwenden van gelden, mits van de deelgerechtigdheid in het fonds blijkt uit verhandelbare bewijzen van deelgerechtigdheid. Net als bij het onderscheid tussen de open en besloten CV, waar de verhandelbaarheid van participaties een doorslaggevende rol speelt ten aanzien van de vennootschapsbelastingplicht, kan eenzelfde onderscheid worden gemaakt tussen open en besloten fondsen voor gemene rekening. Wel geldt er echter een iets andere definitie ten aanzien van de verhandelbaarheid van participaties. Daar waar de definitie van een open CV beschreven staat in de AWR kent het open fonds voor gemene rekening een eigen en van de AWR afwijkende definitie in het slot van art. 2 lid 3 Wet VPB 1969. De bewijzen van deelgerechtigdheid worden als verhandelbaar aangemerkt indien voor vervreemding niet de toestemming van alle deelgerechtigden is vereist, met dien verstande dat ingeval vervreemding uitsluitend kan plaatsvinden aan het fonds voor gemene rekening of aan bloed- en aanverwanten in de rechte linie de bewijzen niet als verhandelbaar worden aangemerkt.⁴⁴⁹ Daarnaast kan als redactioneel opvallend worden gezien dat de onbeperkte binnenlandse belastingplicht niet uit art. 2 lid 5 Wet VPB 1969 blijkt, maar uit lid 3 waar een fonds voor gemene rekening (fictief) als onderneming wordt aangemerkt. In de laatste jaren heeft de rechtsvorm (open) fonds voor gemene rekening in de praktijk aan populariteit toegenomen.⁴⁵⁰ De reden hiervoor is dat een open fonds voor gemene rekening "is ontdekt" als vehikel voor beleggings- en privacy-structuren, voor flexibel box-hoppen (tussen box 3 en box 2) en voor toegang tot het VBI- of FBI-regime. Vermeldingswaardig is nog dat de staatssecretaris op 26 juli 2017 fiscaal beleid rondom een fonds voor gemene rekening heeft gepubliceerd naar aanleiding van een Wob-verzoek.⁴⁵¹

4.2.1.5 *Beperkt binnenlands belastingplichtig*

Beperkt binnenlands belastingplichtigen worden in de heffing betrokken voor zover zij een onderneming drijven. Naast de rechtsvorm zijn dus ook de activiteiten van het desbetreffende lichaam bepalend voor de belastingplicht.⁴⁵² Als beperkt binnenlands belastingplichtigen kunnen worden aangemerkt verenigingen, stichtingen, publiekrechtelijke rechtspersonen (overheidsondernemingen) en een soort van restcategorie rechtspersonen voor zover zij een onderneming drijven. Voor het begrip "drijven van een onderneming" wordt aangesloten bij de doctrine en rechtspraak zoals die is ontwikkeld voor het begrip onderneming in de inkomstenbelasting. Uit die jurisprudentie kan worden opgemaakt dat onder een onderneming moet worden verstaan "een organisatie van kapitaal en arbeid, gericht op deelname aan het economische verkeer om winst te behalen die redelijkerwijs te verwachten is." Daarnaast is in art. 4 Wet VPB 1969 bepaald dat als desbetreffend lichaam in concurrentie treedt met onbeperkt VPB-plichtigen en/of natuurlijke personen ondernemers er sprake is van het drijven van een onderneming.⁴⁵³ Bij de beperkt belastingplichtigen kunnen vermogensetiketteringsproblemen opduiken, omdat alleen voor het ondernemingsvermogen een subjectieve belastingplicht geldt.⁴⁵⁴ Voor "kleine" stichtingen en

⁴⁴⁹ Inzake het toestemmingsvereiste voor fondsen van gemene rekening verwijs ik naar het besluit van de staatssecretaris van 15 december 2015, nr. BLKB2015/1209M, V-N 2016/2.4.

⁴⁵⁰ Zie de brief van de staatssecretaris van 18 september 2017, nr. 2017-0000182622, Belastingdienst ziet toenemend gebruik fonds voor gemene rekening. Zie ook de uiteenzetting van Goosen en Kroonenberg die de open commanditaire vennootschap vergelijken met het open fonds voor gemene rekening. C.A. Goosen/J. Kroonenberg, De open commanditaire vennootschap en het open fonds voor gemene rekening: een eerste vergelijking, VFP 2017/88.

⁴⁵¹ Brief Staatssecretaris van Financiën van 26 juli 2017, nr. 2017-0000123479, V-N 2017/41.15. Een bespreking van het beleid gaat het bestek van mijn onderzoek te buiten.

⁴⁵² Vergelijk H.A.J.P. te Niet, Het beleggingsbegrip in de directe belastingen, FM 125, Kluwer, 2007, paragraaf 6.2.1.4.

⁴⁵³ Ik ga hier verder niet in op de discussie of art. 4 Wet VPB 1969 alleen een ontbrekend winstoogmerk ondervangt of het gehele ondernemingsbegrip. Zie hierover bijvoorbeeld C.L. van Lindonk, De onderneming en haar fiscale verschijningsvormen, Gouda, Quint, 1990, paragraaf 6.1.C.2.

⁴⁵⁴ Voor een nadere uiteenzetting en zienswijze van de staatssecretaris betreffende de belastingplicht voor verenigingen en stichtingen verwijs ik naar het besluit van 23 december 2005, nr. CPP2005/2730M, BNB 2006/91.

verenigingen met een beperkte belastbare winst geldt op grond van art. 6 Wet VPB 1969 een vrijstelling van de vennootschapsbelasting (zie verder hoofdstuk 4.2.2.).

4.2.1.5.1 Verenigingen en stichtingen

Voor het begrip stichtingen en verenigingen sluit de vennootschapsbelasting aan bij het civiele recht.⁴⁵⁵ Verenigingen en stichtingen waren al onder de Wet op de bedrijfsbelasting (1893) als belastingplichtig aangewezen, zij het in de inkomstenbelasting.⁴⁵⁶ Onder het Besluit winstbelasting 1940 werd deze belastingplicht "verschoven" naar de winstbelasting. Ten aanzien van de belastingplicht werd aangesloten bij de tot die tijd geldende regeling voor stichtingen in de inkomstenbelasting, hetgeen betekende dat alleen sprake kon zijn van belastingplicht voor zover een bedrijf werd uitgeoefend.⁴⁵⁷ Uit de wetsgeschiedenis van de Wet Vpb 1969 blijkt dat - ter zake van de subjectieve belastingplicht voor stichtingen - de belastingwetgever ervan uit is gegaan dat de stichting in de regel een algemeen nuttige doelstelling heeft en naar haar wettelijke 'normaaltipe' geen onderneming drijft. Deze zienswijze van de belastingwetgever wordt volgens Van Houte ondersteund door de historie van de stichting, waaruit blijkt dat de stichting een belangrijke organisatievorm was voor het behartigen van algemeen nuttige doeleinden. Blijkens de bedoeling van de civiele wetgever is de stichting ook in Boek 2 BW primair bestemd voor dergelijke doeleinden.⁴⁵⁸ De verenigingen en stichtingen zijn dus al van oudsher niet onbeperkt belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. Samengevat wordt als belangrijkste redenen hiervoor in de literatuur gewezen op het rechtskarakter, doelstelling en functie van deze rechtsvormen, waarbij geen onbeperkte belastingplicht zou passen.⁴⁵⁹

4.2.1.5.2 Andere dan publiekrechtelijke rechtspersonen

De opgenomen aanduiding "andere dan publiekrechtelijke rechtspersonen" kan gezien worden als restcategorie. In de parlementaire geschiedenis wordt aangegeven dat deze ruime omschrijving is ingegeven door de wenselijkheid om alle door de lichamen gedreven ondernemingen in de belasting te betrekken, ongeacht in welke rechtsvorm dat lichaam is gehuld. Dit is volgens de wetgever een eis van fiscale neutraliteit en dient mede ontgaanspogingen te verijdelen.⁴⁶⁰ Met deze aanduiding wordt beoogd de overige Nederlandse niet-privaatrechtelijke rechtspersonen en de naar buitenlands recht opgerichte rechtspersoonlijkheid bezittende entiteiten, voor zover zij een onderneming drijven onder de vennootschapsbelasting te krijgen.

4.2.1.5.3 Overheidslichamen

Op grond van art. 2 lid 1 onderdeel g en lid 2 Wet VPB 1969 zijn per 1 januari 2016 in beginsel overheidslichamen vennootschapsbelastingplichtig. Tot genoemde datum gold voor zowel zogenoemde directe - als indirecte overheidslichamen alleen een vennootschapsbelastingplicht voor de bedrijfsactiviteiten genoemd in het toenmalige art. 2 lid 3 Wet VPB 1969 (tekst tot en met 2015). Vanaf 1 januari 2016 is een direct overheidslichaam belastingplichtig voor zover een onderneming wordt gedreven en een indirect overheidslichaam naar gelang de gekozen rechtsvorm. Onder voorwaarden gelden er subjectieve en objectieve vrijstellingen ten aanzien van interne activiteiten (&

⁴⁵⁵ De vereniging staat in Boek 2 Burgerlijk Wetboek, Titel 2 (art. 26-52). De stichting staat in Boek 2 Burgerlijk Wetboek, Titel 6 (art. 285-307).

⁴⁵⁶ Voor een historisch overzicht van de belastingplicht van stichtingen verwijs ik naar H.A.P.J. te Niet, Het beleggingsbegrip in de directe belastingen, FM 125, Kluwer, 2007, paragraaf 6.2.1.1 en 6.2.1.2.

⁴⁵⁷ Geschriften van de Vereniging voor belastingwetenschap, Rapport van de commissie ter bestudering van fiscale aspecten van stichtingen, nr. 180, Kluwer, 1989, paragraaf 4.1.1. In het Besluit winstbelasting 1940 en Besluit Vpb. 1942 worden de termen "bedrijf" en "bedrijfsuitoefening" genoemd. In de Wet Vpb 1969 zijn deze begrippen vervangen door de termen "onderneming" en "het drijven van een onderneming". Ik ga er vanuit dat er fiscaal inhoudelijk geen onderscheid tussen beide termen is.

⁴⁵⁸ C.P.M. van Houte, De stichting in het Nederlandse belastingrecht, FM nr. 69, 2^e druk, Kluwer, 2009.

⁴⁵⁹ Zie C.P.M. van Houte, De stichting in het Nederlandse belastingrecht, FM nr. 69, 2^e druk, Kluwer, 2009 en Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, Rapport van de commissie ter bestudering van fiscale aspecten van stichtingen, nr. 180, Kluwer, 1989.

⁴⁶⁰ Kamerstukken II, 1962-1963, 6.000, nr. 9, blz. 8.

quasi-inbesteding), overheidstaken & publiekrechtelijke bevoegdheden en voor samenwerkingsverbanden. In mijn onderzoek zal ik verder niet nader ingaan op de fiscale behandeling van overheidslichamen.⁴⁶¹

4.2.2 Subjectieve vrijstellingen

In de vennootschapsbelasting geldt een aantal subjectieve vrijstellingen. In eerste instantie zijn dat de lichamen genoemd in art. 5 Wet VPB 1969. Deze lichamen zijn vrijgesteld vanwege het sociale karakter of vanwege het algemeen maatschappelijk belang. De lichamen die zijn vrijgesteld, zijn:

- a. Natuurschoonwetlichamen
- b. Pensioen - en VUT fondsen
- c. Instellingen van weldadigheid of van algemeen nut
- d. Landbouwbedrijven en schade - en uitvaartverzekeraars
- e. Ziekenfondsen en dergelijke
- f. Uitvoeringsinstellingen
- g. Openbare leeszalen en bibliotheken

Vanaf 1 januari 2012 is op grond van art. 6 Wet VPB 1969 voor “kleine” verenigingen en stichtingen een vrijstelling opgenomen. Indien de winst van deze lichamen in een jaar niet meer bedraagt dan € 15.000, dan wel de winst van het jaar en de daaraan voorafgaande jaren tezamen niet meer bedraagt dan € 75.000 zijn deze lichamen subjectief vrijgesteld van belasting. Deze vrijstelling heeft als achtergrond kleine verenigingen en stichtingen niet op te zadelen met belastingplicht en alle verplichtingen die een dergelijke plicht met zich meebrengt. Oorspronkelijk gold er alleen een subjectieve vrijstelling op grond van art. 6 Wet VPB 1969 voor stichtingen en verenigingen die een algemeen maatschappelijk belang behartigden. Ter vereenvoudiging van de fiscale wetgeving en vermindering van administratieve lasten is de vrijstelling uitgebreid en van toepassing op alle stichtingen en verenigingen, ongeacht of er een maatschappelijk belang behartigd wordt.

Vanaf 1 augustus 2007 geldt op grond van art. 6a Wet VPB 1969 een subjectieve vrijstelling voor de vrijgestelde beleggingsinstelling. Het specifieke beleggingsregime voor vrijgestelde beleggingsinstellingen wordt in mijn onderzoek omwille van de omvang niet nader uitgewerkt en vergeleken met eventuele Duitse fiscale regimes voor beleggingsinstellingen.

Vanaf 1 januari 2016 is de vennootschapsbelasting voor overheidslichamen ingrijpend gewijzigd (zie ook hoofdstuk 4.2.1.3.3.). Vanaf die datum geldt er op grond van art. 6b Wet VPB 1969 onder voorwaarden een subjectieve vrijstelling voor academische ziekenhuizen en (publiek) bekostigde onderwijsinstellingen. Op grond van art. 6c gold een tijdelijke subjectieve vrijstelling (tot 1 januari 2017) voor de aldaar genoemde zeehavens. Op de subjectieve belastingplicht en vrijstellingen vennootschapsbelasting voor overheidslichamen zal ik in mijn onderzoek niet nader ingaan.

4.2.3 Buitenlandse belastingplicht

Indien een lichaam niet naar Nederlands recht is opgericht en de feitelijke leiding niet in Nederland is gelegen, kan een buitenlands lichaam toch vennootschapsbelasting verschuldigd zijn. Dit kan het geval zijn als het lichaam een inkomstenbron in Nederland heeft. Buitenlands belastingplichtige lichamen worden op grond van art. 3 Wet VPB 1969 in de heffing betrokken voor hun Nederlandse inkomen. Het Nederlandse inkomen voor buitenlandse belastingplichtigen staat opgesomd in Hoofdstuk III van de Wet VPB 1969 (art. 17 t/m 19 Wet VPB 1969). De buitenlandse belastingplicht en de Nederlandse inkomensbronnen zullen in dit onderzoek niet expliciet worden besproken noch worden vergeleken met de Duitse buitenlandse belastingplicht.

⁴⁶¹ Voor een uiteenzetting verwijs ik naar C. Bruijsten e.a., Vpb-plicht bij overheidslichamen, Fiscaal Actueel, nr. 19, Kluwer 2016 en S.A. Stevens, VPB-plicht van overheidsondernemingen, TFO 2015/138.1.

4.2.4 Discussiepunten Nederlandse systematiek en invulling van de subjectieve vennootschapsbelastingplicht

Uit een analyse van wetgeving, parlementaire stukken, jurisprudentie en literatuur over de subjectieve belastingplicht blijkt mijns inziens dat er het nodige is aan te merken op de wijze waarop de Nederlandse fiscale wetgever het bepalen van de subjectieve belastingplicht van lichamen heeft gestructureerd.⁴⁶²

De keuze voor limitatief opgesomde rechtsvormen en de gekozen uitgangspunten voor de vennootschapsbelastingplicht hebben vanuit de praktijk en wetenschap (literatuur) in de loop der jaren geleid tot de nodige kritiek. Uit de literatuur en jurisprudentie kunnen mijns inziens samengevat de volgende (grote) discussiepunten worden genoemd.⁴⁶³

- Wat zijn de aanknopingspunten voor de vaststelling van subjectieve belastingplicht bij onbeperkt binnenlandse belastingplichtigen?
- Er is kritiek op het feit dat sommige rechtspersonen onbeperkt en andere beperkt belastingplichtig zijn (voor zover er een onderneming wordt gedreven), zonder dat hiervoor een bevredigende verklaring te geven is.

Deze discussiepunten zal ik hieronder nader uitwerken en toetsen aan mijn in hoofdstuk 1.3.2.4 besproken toetsingskader, namelijk aan de i. fiscaal-beleidsanalytische toets, ii. fiscaal-juridische toets, iii. fiscaal-wetstechnische toets en iv. internationale/Europese fiscale ontwikkelingentoets.

4.2.4.1 *Aanknopingspunten subjectieve belastingplicht onbeperkt binnenlands belastingplichtigen*

In de Nederlandse fiscale wet is er geen eenduidige fiscale definitie van het begrip lichaam. De fiscale wetgever lijkt in grote lijn te hebben gekozen voor een pragmatische oplossing waarin een opsomming en omschrijving van rechtsvormen wordt gegeven in de Wet VPB 1969 die ervoor zorgt dat de winst van die ondernemingen in de winst wordt betrokken die buiten het bereik van de inkomstenbelasting zou blijven. Een uitzondering is echter de fiscale behandeling van de open CV. Kort samenvattend, is er discussie over de gekozen criteria rechtspersoonlijkheid én verhandelbare participaties voor het bepalen van de vennootschapsbelastingplicht. Ten aanzien van het criterium verhandelbare participaties is er wederom discussie over de onoverzichtelijke en onduidelijke uitleg van het criterium vrije verhandelbaarheid van participaties.

Goossen vat een en ander mijns inziens goed samen door te stellen dat de IB en de VPB naadloos behoren aan te sluiten, maar dat ten aanzien van de vraag welke lichamen aan de VPB dienen te worden onderworpen en welke entiteiten transparant zijn zodat de deelgenoten rechtstreeks in de IB worden aangeslagen niet in alle gevallen principieel is beslist. Het zou volgens hem mogelijk moeten zijn om meer eenvoud en rechtszekerheid scheppende formele criteria in de wet op te nemen ter bepaling van de subjectieve belastingplicht.⁴⁶⁴ Mijns inziens voldoen de huidige aanknopingspunten voor het vaststellen van de onbeperkte binnenlandse vennootschapsbelasting niet, of in mindere mate aan alle toetsen uit mijn toetsingskader. In de volgende subparagrafen zal ik dat nader toelichten.

4.2.4.1.1 *Rechtspersoonlijkheid en verhandelbare participaties geen dragende rechtsgrond*

Zoals in hoofdstuk 4.2.1 beschreven, hanteert de wetgever een tweetal criteria om te bepalen of een lichaam vennootschapsbelastingplichtig is, namelijk i. rechtspersoonlijkheid en ii. ten aanzien van de overige rechtselementen de verhandelbaarheid van participaties.

⁴⁶² In gelijke zin: J. Verburg, Vennootschapsbelasting, Fiscale Hand - en Studietoeken nr. 4 Kluwer, 2^e druk, 2000, paragraaf 3.2.

⁴⁶³ Alhoewel er nog genoeg andere onduidelijkheden of kritiekpunten omtrent de subjectieve vennootschapsbelastingplicht genoemd kunnen worden (denk aan het concurrentiecriteria in art. 4, de limitatieve opsomming van de subjectief vrijgestelde lichamen in art. 5, alsmede de in art. 6 Wet VPB 1969 geldende vrijstelling voor stichtingen en verenigingen met relatief kleine winsten) heb ik vanwege de omvang van mijn onderzoek er voor gekozen deze niet verder uit te werken.

⁴⁶⁴ H.P.J. Goossen, Belastingplicht in de vennootschapsbelasting, FED fiscale brochures, Kluwer, 1991, blz. 72.

Aangenomen wordt dat de wetgever bij de keuze voor deze criteria aan de ene kant vermoedelijk bepalend heeft geacht of de winst al dan niet rechtstreeks toekomt aan de participanten in het samenwerkingsverband.⁴⁶⁵ Indien de winst rechtstreeks toekomt aan de participanten zou de transparantie in overeenstemming zijn met de draagkrachtgedachte zoals die ten grondslag ligt aan de inkomstenbelasting. Van Kempen geeft als kritiekpunt aan dat de wetgever bij deze gedachte ten onrechte uitgaat van het feit dat de winst van een personenvennootschap rechtstreeks toekomt aan haar vennoten. Volgens haar kunnen vennoten niet rechtstreeks over het vermogen van de vennootschap en over het winstaandeel ten eigen behoeve beschikken. Vennoten in een VOF krijgen in beginsel eveneens als aandeelhouders in een BV of NV pas na vaststelling van de winst, na afloop van het boekjaar een opvorderbaar recht op uitkering van hun winstaandeel. Zij pleit voor invoering van een zelfstandige belastingplicht voor (rechts)personenvennootschappen.⁴⁶⁶ Dit punt vertaalt naar mijn toetsingskader, kan mijns inziens gesteld worden dat er in mindere mate is voldaan aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader (aangezien gelijke gevallen niet gelijk behandeld worden).

Aangenomen wordt dat de wetgever zich bij de keuze voor deze criteria aan de andere kant heeft willen baseren op de vraag of de participanten als ondernemer of als belegger zijn te beschouwen.⁴⁶⁷ Gepoogd is om de ondernemer en belegger van elkaar te scheiden door de verhandelbaarheid van participaties als uitgangspunt te nemen. Volgens Goossen en Stevens volgt dit uit de Achtste Aanvullingsbeschikking Besluit VPB 1942 waarin de economisch positie van de deelgenoten van een CV op aandelen slechts vergelijkbaar werd geacht met de aandeelhouders in een NV indien niet alleen het kapitaal in aandelen is verdeeld, maar pas als deze tevens vrij overdraagbaar zijn.⁴⁶⁸ Dat dit uitgangspunt tot ongewenste gevolgen kan leiden, is mijns inziens af te leiden uit de zogenoemde "Barbizon-affaire".⁴⁶⁹ Onder andere Van Kempen geeft aan dat dit uitgangspunt achterhaald is en wijst erop dat de wetgever de natuurlijk persoon commanditaire vennoot in een besloten CV ziet als belegger en in een open CV ziet als een aandeelhouder-ondernemer (omdat ten aanzien van laatstgenoemde het aanmerkelijkbelangregime van toepassing is).⁴⁷⁰ Zwemmer heeft vanuit een ander perspectief kritiek en geeft aan dat aandeelhouders onder omstandigheden feitelijk als ondernemers kunnen worden aangemerkt en vindt dat BV's (onder omstandigheden) als fiscaal transparant moeten worden gezien.⁴⁷¹ Ook ten aanzien van dit punt kan mijns inziens gesteld worden dat niet of in mindere mate is voldaan aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader, omdat gelijke gevallen niet gelijk behandeld worden.

⁴⁶⁵ Zie Geschriften van de Vereniging voor belastingwetenschap, rapport en bespreking van het rapport samenwerkingsverbanden en ondernemingswinst, nr. 223, Kluwer, 2004, paragraaf 3.1 en de verwijzingen aldaar in voetnoot 17.

⁴⁶⁶ M.L.M. van Kempen, Rechtspersoonlijkheid en belastingplicht van vennootschappen, W.E.J. Tjeenk Willink 1999, Deventer, blz. 172.

⁴⁶⁷ Zie Geschriften van de Vereniging voor belastingwetenschap, rapport en bespreking van het rapport samenwerkingsverbanden en ondernemingswinst, nr. 223, Kluwer, 2004, paragraaf 3.1 en de verwijzingen aldaar in voetnoot 22 en 23.

⁴⁶⁸ H.P.J. Goossen, Belastingplicht in de vennootschapsbelasting, FED Fiscale Brochures 1991, blz. 25 en A.J.A. Stevens, Fiscale aspecten van de Commanditaire vennootschap, Kluwer, 2002, paragraaf 5.2. Laatstgenoemde geeft een uitgebreide toelichting omtrent het ontstaan van de bepaling in de Achtste Aanvullingsbeschikking Besluit VPB 1942.

⁴⁶⁹ Het Barbizon Palace-hotel werd gebouwd door een besloten CV waarin natuurlijke personen-commanditaire vennoten konden deelnemen. De staatssecretaris vond het ongewenst dat deze vennoten behandeld werden als IB-ondernemers en recht hadden op allerlei ondernemingsfaciliteiten. Derhalve vaardigde hij een resolutie (6 november 1986, nr. 286-15 172, BNB 1987/40) uit, waarin hij zich op het standpunt stelde dat er tevens sprake is van een open CV, indien de persoonlijke relatie tussen de vennoten niet het kenmerkende element is van de CV.

⁴⁷⁰ M.L.M. van Kempen, De fiscale behandeling van vennoten in personenvennootschappen in de Wet IB 2001, TFO 2000/195, paragraaf 2.3.

⁴⁷¹ J.W. Zwemmer, De fiscale positie van de aandeelhouder, WFR 1978/5378.

4.2.4.1.2 Onoverzichtelijke en onduidelijke uitleg criterium “vrije verhandelbaarheid”

Naast de kritiek op het hanteren van het criterium “verhandelbaarheid van participaties” voor het bepalen van de subjectieve belastingplicht, is er ook discussie over de invulling van dit begrip. De wettelijke definities voor de (open) CV in art. 2 lid 3 AWR en het (open) fonds voor gemene rekening in art. 2 lid 3 Wet VPB 1969 zijn niet gelijklopend. Daarnaast volgt uit het arrest BNB 1978/13⁴⁷² nog een derde interpretatie om te bepalen of de participaties vrij verhandelbaar zijn. Daarbij komt ook nog dat de letterlijke tekst van art. 2 lid 3 AWR verwarrend is. De bepaling betreffende de open CV kan op twee manieren worden uitgelegd,⁴⁷³ namelijk i. er is pas sprake van een open CV, indien *geen enkele vennoot* toestemming hoeft te geven voor de toe- en uittreding van de commanditaire vennoten, of ii. er is sprake van een open CV, indien *één of meer, maar niet alle* vennoten toestemming moeten geven voor de toe- en uittreding van de commanditaire vennoten. Laatstgenoemde visie wordt door de staatssecretaris verdedigd.⁴⁷⁴ De Hoge Raad heeft deze zienswijze van de staatssecretaris (pas) in 2009 bevestigd.⁴⁷⁵ Mijns inziens kan gesteld worden dat op dit punt niet, of in mindere mate voldaan is aan de fiscaal-wetstechnische toets uit mijn toetsingskader. De rechtsregels rondom de open en besloten CV zijn niet duidelijk geformuleerd.

Beudeker heeft als kritiekpunt dat het nut en het doel van de unanieme toestemmingseis (en strikte interpretatie van de staatssecretaris) voor het bereiken van fiscale transparantie van de CV is achterhaald en nergens anders ter wereld wordt toegepast. Hij wijst er op dat er maar één lastige vennoot nodig is om toestemming voor een overdracht in de (besloten) CV te frustreren. Dit werkt dan belemmerend voor de liquiditeit van participaties in de (besloten) CV. Dit zou volgens hem leiden tot een negatieve invloed op de aantrekkelijkheid van Nederland als vestigingsplaats voor fondsen en CV's (vergelijk ook de internationale/Europese fiscale ontwikkelingentoets uit mijn toetsingskader). Tot slot wijst hij de wetgever erop dat er in de loop der jaren meermalen is gepleit voor aanpassingen.⁴⁷⁶ Stevens merkt op dat het zijn inziens belemmerende toestemmingsvereiste niet alleen van toepassing is op de CV, maar via toepassing van het kwalificatiebesluit voor buitenlandse samenwerkingsverbanden (zie hoofdstuk 4.2.1.4.4) eveneens op buitenlandse CV-achtigen. Daarnaast geeft hij aan dat het criterium van het verschil tussen de open en besloten CV (criterium van de vrije overdraagbaarheid) in internationaal verband tot veel kwalificatieconflicten aanleiding geeft, omdat Nederland het enige land ter wereld is dat dit criterium gebruikt. Hij is er voorstander van het criterium te schrappen en het fiscale onderscheid tussen de open en besloten CV op te heffen.⁴⁷⁷ Mijns inziens geeft dit punt aan dat niet, of in mindere mate voldaan is aan de onderlinge-samenhang-eis uit de nota Zicht op wetgeving (onderdeel van de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader). Door onnodige verscheidenheid wordt de overzichtelijkheid van het recht geschaad.

4.2.4.2 Het onderscheid tussen onbeperkte en beperkte belastingplicht

Het is de vraag of het door de wetgever gemaakte onderscheid tussen onbeperkt belastingplichtigen⁴⁷⁸ en beperkt belastingplichtigen gerechtvaardigd is. Er is discussie over het feit dat sommige rechtspersonen onbeperkt en andere rechtspersonen beperkt belastingplichtig zijn

⁴⁷² HR 24 november 1976, nr. 17 998, BNB 1978/13.

⁴⁷³ Zie voor een overzicht van de literatuur waarin deze verschillende visies naar voren komen S.A. Stevens, Belastingplicht in de vennootschapsbelasting, FED Brochure, Kluwer, 2009, paragraaf 2.4.3, voetnoot 11 en 12.

⁴⁷⁴ Besluit staatssecretaris 15 december 2015, nr. BLKB2015/1209M, V-N 2016/2.3.

⁴⁷⁵ HR 27 februari 2009, nr. 43 338, BNB 2009/120.

⁴⁷⁶ M. Beudeker, De toestemmingsvereisten bij de CV, WFR 2015/1149. Zie met name hoofdstuk 5. In voetnoot 24 verwijst hij naar diverse auteurs die in het verleden hebben gepleit voor aanpassing.

⁴⁷⁷ A.J.A. Stevens, De tien geboden tot afschaffing van de open CV, NTFR 2006/1727 en A.J.A. Stevens, Enige internationaalrechtelijke fiscale aspecten van personenvennootschappen, TFO 2015/140.2.

⁴⁷⁸ Ik wijs er op dat ook binnen de groep onbeperkt belastingplichtigen afgevraagd kan worden waarom de onbeperkte belastingplicht van een open fonds voor gemene rekening (art. 2 lid 3 Wet VPB 1969) afwijkt van de andere onbeperkt belastingplichtigen (art. 2 lid 5 Wet VPB 1969) zonder dat daar een goede verklaring voor te geven is. Ik ga hier verder niet op in.

(voor zover er een onderneming wordt gedreven), zonder dat hiervoor een bevredigende verklaring te geven is. Dit punt gaat met name over de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader.

Voor bepaalde rechtsvormen (beperkt belastingplichtigen) geldt een economische benadering van het drijven van een onderneming en voor bepaalde rechtsvormen een bij fictie fiscaal juridische benadering. Bij beperkt belastingplichtigen is naast de rechtsvorm de activiteit bepalend voor de belastingplicht. De afbakening van het begrip "drijven van een onderneming" heeft tot veel jurisprudentie geleid⁴⁷⁹ en uit bijvoorbeeld het "muziekfestival-arrest"⁴⁸⁰ uit 2012 blijkt dat het begrip en de invulling ervan na al die jaren nog steeds niet is uitgekristalliseerd. Het hanteren van een open norm van de wetgever, in casu ten aanzien van het begrip "drijven van een onderneming" leidt er mijns inziens toe dat in mindere mate voldaan is aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader; Een open norm leidt in het algemeen namelijk tot rechtsonzekerheid bij de belastingplichtigen.

Aangenomen wordt dat het onderscheid tussen onbeperkte en beperkte belastingplicht samenhangt met de oorspronkelijke doelstelling van de desbetreffende rechtsvormen. Goossen geeft bijvoorbeeld aan dat lichamen welke van oudsher geacht worden slechts in het leven geroepen te worden om daarmee een onderneming te drijven (de genoemde lichamen in art. 2 lid 1, onderdeel a tot en met d Wet VPB 1969) zonder uitzondering belastingplichtig zijn. Verenigingen en stichtingen daarentegen welke oorspronkelijke doelstelling niet in de eerste plaats gelegen is in de exploitatie van een onderneming, zijn pas belastingplichtig, indien en voor zover blijkt dat zij toch een onderneming drijven.⁴⁸¹ Hier kunnen mijns inziens de nodige kanttekeningen bij worden geplaatst, aangezien bijvoorbeeld een beleggings-NV van oudsher niet in het leven is geroepen om daarmee een onderneming te drijven. Daarnaast kan gesteld worden dat, daar waar bijvoorbeeld de stichting in het verleden hoofdzakelijk werd gebruikt voor het nastreven en realiseren van algemeen nuttige doelen, dat in de loop der jaren is veranderd. Van Houte verwoordt het mijns inziens kernachtig door te stellen dat de stichting zich ontwikkelde van algemeen nuttige instelling tot (ook) een rechtsvorm voor ondernemingsactiviteiten.⁴⁸² Dit was volgens een Commissie van de Vereniging voor Belastingwetenschap reden om te concluderen dat stichtingen die worden benut voor particuliere en/of commerciële doeleinden (niet-nut-stichtingen genoemd) als onbeperkt belastingplichtig aangemerkt zouden moeten worden.⁴⁸³ De Commissie geeft aan dat zij noch in de wetsgeschiedenis noch elders principiële overwegingen heeft kunnen vinden die ertoe hebben geleid de stichting slechts in beperkte mate subjectief belastingplichtig te verklaren. Daartoe lijkt volgens de Commissie meer op praktische gronden besloten te zijn. De onbeperkte belastingplicht van stichtingen en verenigingen zou beargumenteerd kunnen worden door het wijzen op het draagkracht- en profijtbeginsel. Stichtingen en verenigingen nemen zelfstandig deel aan het maatschappelijke verkeer en profiteren daardoor ook van de overheidsvoorzieningen. Het inkomen en vermogen van genoemde rechtsvormen zou als draagvermogen kunnen worden gezien. Uit bovenstaande kan mijns inziens worden opgemaakt dat de oorspronkelijke gedachte van de wetgever over het gebruik van een stichting en vereniging niet (altijd) meer overeenkomt met de huidige praktijk, waardoor gesteld kan worden dat er in mindere mate voldaan wordt aan de fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader. Daarnaast wordt vanuit deze invalshoek niet voldaan aan de fiscaal-juridische toets aangezien volgens de Commissie gelijke gevallen ongelijk behandeld worden en het draagkrachtbeginsel er toe noopt ook stichtingen en verenigingen integraal in de vennootschapsbelasting te betrekken.

⁴⁷⁹ Voor een samenvatting van deze jurisprudentie verwijs ik naar *Cursus Belastingrecht 2014*, onderdeel VPB, 1.04.d (ondernemingsvereisten) en 1.0.4.e (concurrentiecriteria).

⁴⁸⁰ HR 22 juni 2012, nr. 10/03228, BNB 2012/226.

⁴⁸¹ H.P.J. Goossen, *Belastingplicht in de vennootschapsbelasting*, FED Fiscale Brochure, Kluwer, 1991, blz. 12.

⁴⁸² C.P.M. van Houte, *De stichting in het Nederlandse belastingrecht*, FM, nr. 69, 2^e druk, Kluwer 2009, paragraaf 3.4.

⁴⁸³ *Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap*, Rapport van de Commissie ter bestudering van fiscale aspecten van stichtingen, nr. 180, Kluwer 1989, blz. 84, 85. De commissie heeft zich beperkt tot de rechtsvorm stichting. Ik denk dat mutatis mutandis dezelfde argumenten inzake de belastingplicht van de vereniging zullen gelden.

Zoals al eerder aangegeven (hoofdstuk 1.3.4.1) kan aan de andere kant worden betoogd dat het draagkrachtbeginsel alleen van toepassing is op natuurlijke personen.⁴⁸⁴ Daarnaast kan het vermogen in de stichting of vereniging in veel gevallen alleen voor bepaalde in de statuten opgenomen doeleinden worden aangewend. Wat hiervan ook zij, opvallend is in ieder geval dat een andere commissie van de Vereniging voor Belastingwetenschap (Maatschappelijke ondernemingen) niets voor een integrale belastingplicht voor niet-nut stichtingen voelt. Er zouden dan in beginsel onnodig veel stichtingen in de VPB-heffing moeten worden betrokken, hetgeen te veel administratieve lasten met zich mee zou brengen.⁴⁸⁵ Integrale belastingplicht voor alle stichtingen en verenigingen, ongeacht de activiteiten of het doel, leidt naar de mening van de Commissie tot een groot aantal belastingplichtigen zonder dat er daadwerkelijk veel belasting geheven zal worden. Om belastingarbitrage te voorkomen, stellen zij voor de belastingplicht uit te breiden met een terbeschikkingstelingsregeling in de vennootschapsbelasting.⁴⁸⁶ Kort samengevat en toegespitst op mijn toetsingskader, is de Commissie van mening dat invoering van een integrale belastingplicht voor alle stichtingen en verenigingen er toe zou leiden dat er in mindere mate wordt voldaan aan de subsidiariteit/evenredigheidseis (onderdeel van de fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader). Er is dan volgens de Commissie geen redelijke verhouding meer tussen de baten en lasten die uit de rechtsregel kan voortvloeien.

Ook Verburg⁴⁸⁷ en Stevens⁴⁸⁸ achten een onbeperkte belastingplicht voor stichtingen en verenigingen niet nodig. Verburg is van mening dat het brengen van stichtingen onder de fictiebepaling van art. 2 lid 5 Wet VPB 1969 het verschil in karakter, doelstelling en functie tussen de stichting en de BV zou worden miskend. Volgens Stevens zijn er binnen de bestaande wetgeving en jurisprudentie voldoende mechanismen om oneigenlijk gebruik van de stichting en vereniging te bestrijden.⁴⁸⁹ Doelgerichte controles zouden volgens hem de voorkeur verdienen boven invoering van een integrale belastingplicht.

Ook Smit vindt dat de huidige wettelijke regeling omtrent stichtingen en verenigingen kan blijven bestaan. Hij noemt als onderbouwing dat het civielrechtelijke doel van stichtingen en vereniging anders kan zijn van dat van BV's en NV's en dat de betrekking waarin (bestuurs)leden staan tot eerstgenoemde lichamen zich wezenlijk onderscheidt van die van directeuren en/of aandeelhouders. Smit heeft met name enkele praktische kritiekpunten en wijst er op dat van de gemiddelde bestuurder niet mag worden verwacht dat hij fiscaal kan beoordelen of en in hoeverre zijn stichting of vereniging een onderneming uitoefent. Discussies daarover met de Belastingdienst vinden veelal in latere jaren plaats, nadat bijvoorbeeld een project lucratief is gebleken. Smit pleit er voor de huidige regeling van de aangifteplicht van stichtingen en verenigingen aan te passen. Er zou een verplichte aangifte over het oprichtingsjaar moeten worden ingevoerd, waarin de fiscus vervolgens beoordeelt of sprake is van een beperkte belastingplicht.⁴⁹⁰ Van Houte is het hier niet mee eens en

⁴⁸⁴ Een overzicht van auteurs die dit standpunt verdedigen is te vinden in F.P.J. Snel, Van moeders en dochters, systemen ter voorkoming van cumulatie van vennootschapstax in deelnemingssituaties, SDU Amersfoort, 2005, blz. 40. Een andere mening is te vinden in H.J. Hofstra en R.E.C.M. Niessen, Inleiding tot het Nederlands belastingrecht, 8^e druk, Kluwer, 2002, blz. 116-119 en E.C.C.M. Kemmeren, Renteaftrek is niet het probleem in de vennootschapsbelasting; wel het niet-belasten van rente!, WFR 2009/6806.

⁴⁸⁵ Geschriften van de vereniging van belastingwetenschap, Maatschappelijke ondernemingen, nr. 245, Kluwer 2011, Hoofdstuk 6.2.1.

⁴⁸⁶ Geschriften van de vereniging van belastingwetenschap, Maatschappelijke ondernemingen, nr. 245, Kluwer 2011, Hoofdstuk 6.8.

⁴⁸⁷ J. Verburg, vennootschapsbelasting, Fiscale Handboeken nr. 4, 2000, paragraaf 4.9.4.

⁴⁸⁸ L.G.M. Stevens, Belastingplicht van stichtingen, Giele-bundel, 1990, blz. 627 e.v.

⁴⁸⁹ Hierbij kan mijns inziens ook gewezen worden op de wetswijzigingen in het Afgezonderd Particulier Vermogen (APV) regime. In art. 2.14 lid 7 Wet IB 2001 is de huidige toerekeningsstop een "onderworpen ondernemingstop", waarbij een materiële onderneming in de zin van art. 3.4 Wet IB 2001 wordt verlangd. Ik ben het met Boer eens dat aangezien een APV zelden een materiële onderneming drijft, de toerekeningsstop een dode letter is geworden. J.P. Boer, De toerekeningsstop en het APV-regime: dubbel genaaid, houdt beter?, WFR 2017/229.

⁴⁹⁰ J.A. Smit, Op zoek naar belastingplichtige stichtingen en verenigingen, WFR 1994/525.

geeft aan dat het niet voldoen aan de verplichtingen voortvloeiende uit de belastingplicht, ten gevolge van de beperkte controle door de Belastingdienst en/of de fiscale onwetendheid van het stichtings-/verenigingsbestuur niets met oneigenlijk gebruik van een bepaalde rechtsvorm te maken hebben. Van Houte is net als Smit wel van mening dat de beperkte belastingplicht voor de stichting en vereniging kan blijven bestaan. Hij baseert zijn zienswijze op een door hem weergegeven rechtsgrond van de vennootschapsbelasting. Volgens hem is de rechtsgrond van de vennootschapsbelasting het waarborgen van de neutraliteit van de belastingheffing van *ondernemingen* ongeacht hun rechtsvorm. Een dergelijke doelstelling pleit veeleer voor een beperking van de belastingplicht voor andere lichamen dan voor een uitbreiding van de beperkte belastingplicht van stichtingen en verenigingen.⁴⁹¹

In het resterende gedeelte van dit hoofdstuk onderzoek ik welke aanknopingspunten Duitsland heeft voor de subjectieve belastingplicht.

4.3 Duitsland

4.3.1 Binnenlandse belastingplicht

De subjectieve belastingplicht is in Duitsland geregeld in het eerste deel van de KStG (§1 tot en met §6 KStG). Blijkens §1 Abs.1 KStG zijn de daar genoemde lichamen, waarvan de feitelijke leiding of de zetel in Duitsland is gevestigd subjectief belastingplichtig. De genoemde rechtsvormen, die in hoofdstuk 4.3.1.4 nader worden toegelicht, zijn de volgende:

1. *Kapitalgesellschaften (insbesondere Europäische Gesellschaften, Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung);*
2. *Genossenschaften einschließlich der Europäischen Genossenschaften;*
3. *Versicherungs- und Pensionsfondsvereine auf Gegenseitigkeit;*
4. *sonstige juristische Personen des privaten Rechts;*
5. *nichtrechtsfähige Vereine, Anstalten, Stiftungen und andere Zweckvermögen des privaten Rechts;*
6. *Betriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.*

4.3.1.1 Historie

Evenals in Nederland geldt er in Duitsland - vanaf de invoering van de *Körperschaftsteuer* - een opsomming van rechtsvormen die als subjectief vennootschapsbelastingplichtig wordt aangemerkt.⁴⁹² In eerste instantie was bij het ontstaan van de *Körperschaftsteuer* slechts de AG als belastingplichtig opgenomen. De lijst met de verschillende rechtsvormen is in de loop der jaren naar de civiel-juridische en maatschappelijke omstandigheden aangevuld. De huidige Duitse opsomming vinden we grotendeels voor het eerst terug in de KStG 1934.⁴⁹³

4.3.1.2 Aanknopingspunt voor belastingplicht

In Duitsland is de rechtsvorm het aanknopingspunt voor de subjectieve belastingplicht. Dit betekent impliciet dat voor een materieel (economische) benadering geen plaats is.⁴⁹⁴ In §1 Abs. 1 KStG is gekozen voor een opsomming van rechtsvormen die belastingplichtig zijn voor de *Körperschaftsteuer*.⁴⁹⁵ Ten aanzien van de onder één tot en met vier genoemde lichamen wordt

⁴⁹¹ C.P.M. van Houte, Geen algemene aangifteplicht voor stichtingen en verenigingen, WFR 1994/890.

⁴⁹² Voor een uitvoerige historische beschrijving zie de dissertatie van R. Martini, Der persönliche Körperschaftsteuertatbestand, Mohr Siebeck, 2016, blz. 47-247 en R. Martini in, Corporate income tax subjects: 2013 EATLP Congress, Lisbon, 30 May - 1 June 2013, IBFD, volume 12 (hoofdstuk 19.1-19.3).

⁴⁹³ Blümich/Rengers, §1 KStG 1 Rz. 5-8, 9.

⁴⁹⁴ Zenthöfer geeft het voorbeeld van een in het handelsregister geregistreerde KG met materiële (wirtschaftlichen) kenmerken van een vereniging. Desondanks wordt deze volgens vaste rechtspraak als KG (personenvennootschap) aangemerkt. Zenthöfer in Dötsch/Franzen/Sädtler/Sell/Zenthöfer, Körperschaftsteuer, 15^e Auflage, 2009, blz.5.

⁴⁹⁵ Klein in Hermann/Heuer/Raupach, §1 KStG, Anm. 19 en 29.

fiscaal aangesloten bij de civiele bepalingen omtrent rechtspersoonlijkheid en kan gesteld worden dat alle rechtspersonen (naar Duits civiel recht) belastingplichtig zijn voor de *Körperschaftsteuer*.⁴⁹⁶ Uit de onder vijf genoemde rechtsvormen blijkt echter dat rechtspersoonlijkheid niet in alle gevallen bepalend is voor de belastingplicht. In samenhang met §3 Abs.1 KStG is bepaald dat verenigingen, stichtingen en doelvermogens zonder rechtspersoonlijkheid onbeperkt belastingplichtig zijn als hun inkomen niet bij een andere belastingplichtige op grond van de KStG of EStG is te belasten. Deze bepaling verhindert dat rechtsvormen tussen wal en schip geraken en kan dus gezien worden als een vangnetbepaling.⁴⁹⁷ De mate van overdraagbaarheid van aandelen is in Duitsland geen relevant criterium voor de belastingplicht. In Duitsland worden de kapitaalvennootschappen fiscaal strikt gescheiden van de personenvennootschappen.⁴⁹⁸ In de verhouding tussen rechtspersoon en aandeelhouder geldt het *Trennungsprinzip*, inhoudende dat de twee in principe als derden tegenover elkaar staan.⁴⁹⁹ Personenvennootschappen worden niet genoemd in de opsomming, zijn fiscaal altijd transparant (*Transparenzprinzip* genoemd) en niet subjectief belastingplichtig voor de *Körperschaftsteuer*.⁵⁰⁰ In Duitsland kan een personenvennootschap op grond van §124 HGB zelfstandig drager van rechten en plichten zijn. Zij kan dus zelfstandig eigendom en andere rechten verwerven en als partij in een rechtsgeschil optreden. De hoogste civiele rechter in Duitsland, het *Bundesgerichtshof* (BGH), heeft echter beslist dat personenvennootschappen geen rechtspersoonlijkheid bezitten. Zij vormen volgens de BGH naast natuurlijke personen en rechtspersonen een derde categorie.⁵⁰¹

De beslissing van de Duitse wetgever om personenvennootschappen op grond van het *Transparenzprinzip* te belasten en rechtspersonen op grond van het *Trennungsprinzip* wordt in Duitsland in de literatuur bediscussieerd. Kern van de discussie is dat door de scheiding een inbreuk wordt gemaakt op de rechtsvormneutraliteit. Vanuit het draagkrachtbeginsel is een dergelijk onderscheid volgens de auteurs niet te billijken.⁵⁰² Een punt dat terug komt in de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader.

⁴⁹⁶ J. Hey in Tipke/Lang²², Steuerrecht, §11, Rz. 24. Zij merkt op: "[...] Dies entspricht der im Körperschaftsteuerrecht ursprünglich getroffenen und bis heute unveränderten gesetzgeberischen Entscheidung, an die zivilrechtliche Rechtsform anzuknüpfen."

⁴⁹⁷ Desens in Hermann/Heuer/Raupach, Einf. KSt, Anm.71.

⁴⁹⁸ Als personenvennootschappen kunnen worden aangemerkt: De *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* (GbR - vergelijkbaar met de Nederlandse rechtsvorm "maatschap"), de *Offene Handelsgesellschaft* (OHG - vergelijkbaar met de Nederlandse rechtsvorm "vennootschap onder firma), de *Kommanditgesellschaft* (KG - vergelijkbaar met de Nederlandse rechtsvorm "commanditaire vennootschap") en de *stille Gesellschaft*. Bij een *stille Gesellschaft* neemt een persoon als stille vennoot deel in het handelsbedrijf dat door een ander op eigen naam wordt gedreven. Een stille vennoot wordt niet als ondernemer gezien (en geniet dus geen inkomsten uit onderneming, maar uit vermogen). Een variant hierop is de zogenoemde *atypische stille Gesellschaft*, waarbij de contractpositie afwijkt van hetgeen gebruikelijk is. Bij deze variant is de stille vennoot tevens gerechtigd tot de stille reserves (en in veel gevallen de liquidatieopbrengsten) van de vennootschap, waardoor de stille vennoot fiscaal als mede-ondernemer kwalificeert. Voor een Nederlandstalige uiteenzetting van de civielrechtelijke kenmerken van de GbR, OHG, KG en stille Gesellschaft verwijs ik naar Chr. M. Stokkermans, Sleutels voor personenvennootschapsrecht, Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 102, 2017, paragraaf 2.24, 3.2.4, respectievelijk 3.2.5.

⁴⁹⁹ In de periode 1977 tot 2000 gold in Duitsland een *Vollanrechnungssystem*, waarbij het *Trennungsprinzip* dus per saldo niet werd toegepast.

⁵⁰⁰ Stevens wijst op jurisprudentie waarbij getracht is een GmbH & Co KG onder de *Körperschaftsteuer* te krijgen is afgewezen door het Bundesfinanzhof met het argument dat de KG niet wordt genoemd in §1 KStG (BFH GrS BStBl II 84,751). Zie A.J.A. Stevens, Fiscale aspecten van de Commanditaire Vennootschap, Kluwer, 2002, paragraaf 6.5.2.

⁵⁰¹ Dit wordt ook wel *Teilrechtsfähigkeit* genoemd. BGH Urteil v. 29.1.2001 - II ZR 331/00, NJW 2001, 1056 (1058); Weick in Staudinger, BGB, Kommentar, Neubearbeitung 2005, Einleitung zu §§ 21 ff. Rn. 11.

⁵⁰² Desens in Hermann/Heuer/Raupach, Einf. KSt, Anm.155.

4.3.1.3 Vestigingsplaats⁵⁰³

In Duitsland is een lichaam onbeperkt belastingplichtig als de feitelijke leiding of de statutaire zetel in Duitsland is gevestigd.⁵⁰⁴ Een onbeperkt belastingplichtige wordt belast voor het wereldinkomen. Het begrip feitelijke leiding wordt omschreven in §10 *Abgabenordnung* (AO) als het middelpunt van de "*geschäftlichen Oberleitung*" (*Verwaltungssitz*). Onder zetel wordt volgens §11 AO de plek bedoeld die volgens wet, verdrag of statuten is vastgesteld. Duitsland kent in tegenstelling tot Nederland geen *Gründungstheorie* (een oprichtingsfictie in de zin van art. 2 lid 4 Wet VPB 1969 zoals wij die in Nederland kennen).⁵⁰⁵

4.3.1.4 Onbeperkt binnenlands belastingplichtig

Onbeperkt binnenlands belastingplichtigen worden in de heffing betrokken voor hun wereldwijde winst, opgevat volgens het tweede deel van de KStG. De onbeperkte belastingplicht houdt in dat de desbetreffende lichamen in principe met al hun doen en laten onder de vennootschapsbelasting vallen. De onbeperkte belastingplicht blijkt uit §1 Abs. 2 KStG waarin staat dat onbeperkte belastingplicht "*sich erstreckt auf sämtliche Einkünfte*". In Duitsland geldt niet de beperking dat slechts sprake is van belastingplicht voor zover een onderneming wordt gedreven. De inkomensbepaling in de *Körperschaftsteuer* vindt op grond van de schakelbepaling §8 Abs.1 KStG op eenzelfde wijze plaats als in de *Einkommensteuer*. Dat wil zeggen dat deze lichamen slechts belastingplichtig zijn voor de in §2 EStG limitatief opgesomde inkomensbronnen. Voor de *Körperschaftsteuer*-plichtige lichamen geldt een ondernemingsfictie van §8 Abs.2 KStG waar is bepaald dat "*alle Einkünfte als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu behandeln sind*". Deze bepaling is mijns inziens vergelijkbaar met art. 2 lid 5 Wet VPB 1969.

4.3.1.4.1 Aktiengesellschaft (AG)⁵⁰⁶

De AG is vergelijkbaar met de Nederlandse rechtsvorm NV. De AG is een privaatrechtelijke rechtspersoon, zelfstandig drager van rechten en plichten. Aandeelhouders zijn in beginsel slechts aansprakelijk voor hun inbreng.

4.3.1.4.2 Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

De GmbH is vergelijkbaar met de Nederlandse rechtsvorm BV. De GmbH is een privaatrechtelijke rechtspersoon, zelfstandig drager van rechten en plichten. Aandeelhouders zijn in beginsel slechts aansprakelijk voor hun inbreng. Vanaf 1 november 2008 is het Duitse GmbH-recht gemoderniseerd. Naast de GmbH is een nieuwe rechtsvorm met beperkte ondernemersaansprakelijkheid geïntroduceerd (de *Unternehmergesellschaft* §5a).

4.3.1.4.3 Kommanditgesellschaft auf Aktien (KG auf Aktien)

De *KG auf Aktien* is vergelijkbaar met de Nederlandse rechtsvorm CV op aandelen zoals wij die tot en met 28 mei 1975 hebben gekend. De *KG auf Aktien* heeft rechtspersoonlijkheid en wordt als zodanig

⁵⁰³ Voor een uitgebreide uiteenzetting over de vestigingsplaats verwijs ik naar de landenrapporten (in casu Duitsland) van het congres in Lodz in 2017 van de European Association of Tax Law Professors (EATLP) over "Corporate Tax Residence and mobility". Het rapport is te vinden op de website van EATLP.

⁵⁰⁴ J.Hey in Tipke/Lang²², Steuerrecht, §11, Rz. 31.

⁵⁰⁵ Voor een uiteenzetting zie onder ander C.Kahle/B.Cortez, Zuzug von Kapitalgesellschaften im Ertragsteuerrecht, FR 2014, blz. 673 e.v.

⁵⁰⁶ In mijn onderzoek wordt verder niet ingegaan op de civiele aspecten van de verschillende Duitse rechtsvormen (in vergelijking met de civiel-juridische aspecten van de Nederlandse rechtsvormen). De civielrechtelijke kwalificaties van Duitse rechtspersonen zijn terug te vinden in het Duitse *Aktiengesetz* (AktG) en *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (GmbHG). De regels voor de personenvennootschappen zijn geregeld in het *Handelsgesetzbuch* (HGB) en het *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB).

belast in de KStG.⁵⁰⁷ In tegenstelling tot in Nederland was en is er meer behoefte in Duitsland aan de rechtsvorm *KG auf Aktien*. Stevens geeft aan dat de oorzaak hiervan is gelegen in het feit dat tenminste drie KGaA's (Henkel, FAG Kugelfischer en Michelin) tot de 100 grootste Duitse ondernemingen behoren en ten minste acht *KG auf Aktien* aan de beurs zijn genoteerd.⁵⁰⁸ De belastingheffing van de *KG auf Aktien* is vergelijkbaar met de belastingheffing van de open CV. Er dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de belastingheffing van de *Komplementäre* (beherende) en *Kommanditaktionäre* (commanditaire) vennoten. Het winstaandeel van eerstgenoemde is op grond van §9 Nr. 1 KStG een fiscale aftrekpost voor de *KG auf Aktien* en het winstaandeel wordt (bij fictie op grond van §15 Abs.1 nr. 3 EStG) bij de beherend vennoot belast als winst uit onderneming.⁵⁰⁹ De inkomsten uit aandelen in de *KG auf Aktien* worden bij de commanditaire vennoten aangemerkt als inkomsten uit vermogen.

De *KG auf Aktien* moet onderscheiden worden van de veel meer voorkomende rechtsvorm *KG* (zonder aandelen). De *KG*, vergelijkbaar met de Nederlandse CV wordt in Duitsland - in tegenstelling tot in Nederland - altijd als fiscaal transparant aangemerkt. De mate van overdraagbaarheid van de aandelen is in Duitsland niet relevant. In de praktijk komt ook de rechtsvorm *GmbH & Co KG* veelvuldig voor. Dit is een specifieke vorm van de *KG* - en daarmee ook altijd fiscaal transparant - waarbij de enige volledige aansprakelijke (beherend) vennoot (*Komplementär*) een *GmbH* is.⁵¹⁰

4.3.1.4.4 Naar buitenlands recht opgericht

Vergelijkbare naar buitenlands recht opgerichte kapitaalvennootschappen die feitelijk in Duitsland zijn gevestigd, zijn onbeperkt binnenlands belastingplichtig. De kwalificatie van de buitenlandse look-a-likes met vergelijkbare Duitse rechtsvormen wordt op hoofdlijnen op eenzelfde wijze vastgesteld als de Nederlandse kwalificatie. In Duitsland bestaan er net zoals in Nederland geen wettelijke regels voor de kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen. Ten aanzien van de kwalificatie wordt een tweetraps rechtsvormvergelijking gehanteerd, ook wel "*Typenvergeleich*" genoemd.⁵¹¹ Deze is ontstaan door rechtspraak en de door de wetgever gevolgde lijn van kwalificatie. De vergelijkbaarheid met binnenlandse rechtsvormen wordt gebruikt als uitgangspunt voor de kwalificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden.⁵¹² De kwalificatie vindt louter plaats naar Duitse fiscale maatstaven. De buitenlandse kwalificatie of het hebben van rechtspersoonlijkheid naar buitenlandse maatstaven doet geheel niet ter zake.⁵¹³ De methode vindt plaats in twee stappen:

- i. aan de hand van de civielrechtelijke wet- en regelgeving van het desbetreffende land, de statuten of overeenkomst van het lichaam wordt de vennootschappelijke structuur ontleed;
- ii. vervolgens wordt aan de hand van materiële criteria gezocht naar een binnenlandse equivalent.

Voor de buitenlandse lichamen waarvoor geen binnenlandse equivalent bestaat (bijv. de Amerikaanse LLC en LLP) zijn in een besluit nadere criteria geformuleerd om kwalificatie voor Duitse fiscale

⁵⁰⁷ Voor een uitgebreide uiteenzetting van civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van de *KG auf Aktien* verwijs ik naar A.J.A. Stevens, *Fiscale aspecten van de Commanditaire Vennootschap*, Kluwer, 2002, paragraaf 5.9.2.

⁵⁰⁸ Zie A.J.A. Stevens, *Fiscale aspecten van de Commanditaire Vennootschap*, Kluwer, 2002, paragraaf 5.9.2.1.1.

⁵⁰⁹ Ongeacht of de *KG auf Aktien* een onderneming drijft of de beherend vennoot als ondernemer kan worden gekwalificeerd. Voor een nadere uiteenzetting zie ook Drüen in Hermann/Heuer/Raupach, §9 KStG, Anm.5.

⁵¹⁰ De vraag of een *GmbH & Co KG* als kapitaalvennootschap of personenvennootschap moet worden aangemerkt lag in 1984 voor bij het *Bundesfinanzhof*. Het *Hof* besliste het laatste. BFH 25.06.1984 (Grs 4/82, BStBl. II 1984, 751).

⁵¹¹ Zie hierover ook uitgebreid R. Martini, *Der Typenvergleich bei beschränkter Steuerpflicht*, IStR 2012,441; Klein in Hermann/Heuer/Raupach, §1 KStG, Anm. 27 en C.Spengel/M.Schaden/M.Wehrsse, *Besteuerung von Personengesellschaften in den 27 EU-Mitgliedstaaten und den USA - eine Analyse der nationalen Besteuerungskonzeptionen*, StuW 1/2010, blz.44-56.

⁵¹² Dit werd geïntroduceerd in RFH v. 12.2.1930 - VI A 899/27, RFHE 27, 73 (80).

⁵¹³ Zie bijvoorbeeld Jacobs in Jacobs/Endres/Spengel, *Internationale Unternehmensbesteuerung*, 7. Aufl. 2011, blz. 430 e.v. en ook A.J.A. Stevens, *Fiscale aspecten van de Commanditaire vennootschap*, Kluwer, 2002, paragraaf 4.7.1.4.

doeleinden mogelijk te maken.⁵¹⁴ Het betreffende besluit ziet specifiek op de kwalificatie van een Amerikaanse LLC, maar de genoemde criteria kunnen ook gebruikt worden voor toetsing van andere (hybride) buitenlandse samenwerkingsverbanden.⁵¹⁵ In het besluit wordt aangegeven dat een buitenlands lichaam als "rechtspersoon", "personenvennootschap" of "vaste inrichting" kan kwalificeren. De kwalificatie aan de hand van het besluit heeft alleen werking voor Duitse nationale doeleinden. De criteria die hierbij een rol spelen zijn:

- 1) Centrale management en beheer
- 2) Beperkte aansprakelijkheid
- 3) Vrije overdraagbaarheid van het belang
- 4) Winstverdeling
- 5) Inbreng van kapitaal
- 6) De duur van het samenwerkingsverband
- 7) Winstuitkeringen
- 8) Formele eisen ten aanzien van de oprichting

Geen enkele van de bovenstaande kenmerken komt een doorslaggevende betekenis toe. In het besluit wordt toegelicht dat derhalve bijvoorbeeld de beperkte aansprakelijkheid of een onbeperkte duur van het samenwerkingsverband niet automatisch tot de conclusie leiden dat sprake is van een rechtspersoon. Er is sprake van een rechtspersoon als het merendeel van de voorwaarden 1 tot en met 5 (die als belangrijkste voorwaarden worden gezien) tot de conclusie leidt dat sprake is van een rechtspersoon. Daarnaast kent ook Duitsland een kwalificatielijst waarop expliciet rechtsvormen worden benoemd als rechtspersoon of personenvennootschap.⁵¹⁶

De Commissie Samenwerkingsverbanden is van mening dat in het Duitse systeem duidelijke criteria ontbreken op grond waarvan een samenwerkingsverband kan worden geclassificeerd.⁵¹⁷ Alhoewel deze mening dateert van vóór de publicatie van het Duitse LLC kwalificatiebesluit is er door de vele onduidelijkheden in het besluit niet veel veranderd. Ook Kahlenberg geeft aan dat de in het besluit geformuleerde criteria de nodige vragen oproepen. Zo is niet duidelijk hoe de criteria moeten worden gewogen en of er mogelijk nog andere criteria van toepassing zijn.⁵¹⁸

4.3.1.4.5 Genossenschaften einschließlich der Europäischen Genossenschaften

Genossenschaften zijn vergelijkbaar met de Nederlandse rechtsvorm "coöperaties". In mijn onderzoek zal ik verder niet ingaan op de fiscale behandeling van coöperaties of *Genossenschaften*.

4.3.1.4.6 Versicherungs- und Pensionsfondsvereine auf Gegenseitigkeit

Versicherungs- und Pensionsfondsvereine auf Gegenseitigkeit zijn vergelijkbaar met de Nederlandse rechtsvorm onderlinge waarborgmaatschappen en verenigingen welke op onderlinge grondslag als verzekeraar of pensioenfonds optreden. In mijn onderzoek zal ik verder niet ingaan op deze rechtsvorm.

4.3.1.4.7 Sonstige juristische Personen des privaten Rechts

Uit hoofdstuk 4.3.1.2 is gebleken dat in Duitsland de rechtsvorm als aanknopingspunt geldt voor het bepalen van de belastingplicht. Uit deze categorie blijkt dat alle – naar Duits civiel recht – rechtspersonen als belastingplichtig voor de *Körperschaftsteuer* worden aangemerkt. De categorie "*sonstige juristische Personen des privaten Rechts*" kan als een soort restpost worden gezien. De onder deze groep vallende lichamen zijn vergelijkbaar met de Nederlandse groep "andere dan

⁵¹⁴ BMF 19 maart 2004, ref. IV B 4 - S 1301 USA - 22/04, BStBl I 2004, 411.

⁵¹⁵ BMF 16 april 2010, BStBl I 2010, 354; BFH v. 20.8.2008 - I R 34/08, IStR 2008, 811. In gelijke zin C. Kahlenberg, Classification of foreign entities for German tax purposes, IBFD 2014 (volume 54) nr. 4, 24 februari 2014.

⁵¹⁶ BMF 24 december 1999, I V B 4 - S 1300 - 111/99, BStBl I 1999, p. 1076 et seq. Wat mij opviel is dat de sinds 1975 afgeschafte Nederlandse rechtsvorm CV op aandelen op deze lijst nog steeds genoemd staat.

⁵¹⁷ Zie Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschappen, Rapport en bespreking van het rapport samenwerkingsverbanden en ondernemingswinst, nr. 223, Kluwer, 2004, paragraaf 7.3.

⁵¹⁸ C. Kahlenberg, Classification of foreign entities for German tax purposes, IBFD 2014 (volume 54) nr. 4, 24 februari 2014, paragraaf 1.

publiekrechtelijke lichamen". Een verschil is wel dat er in Duitsland in beginsel een onbeperkte binnenlandse belastingplicht geldt en in Nederland een beperkte binnenlandse belastingplicht (er geldt in Nederland een belastingplicht indien en voor zover een onderneming wordt gedreven).

4.3.1.4.8 Nichtrechtsfähige Vereine, Anstalten, Stiftungen und andere Zweckvermögen des privaten Rechts

Deze categorie verhindert dat rechtsvormen tussen wal en schip geraken en kan dus gezien worden als een vangnetbepaling. In samenhang met §3 Abs. 1 KStG is bepaald dat verenigingen, stichtingen en doelvermogens zonder rechtspersoonlijkheid onbeperkt belastingplichtig zijn als hun inkomen niet bij een andere belastingplichtige op grond van de KStG of EStG is te belasten. Nederland heeft een dergelijke bepaling omtrent het bepalen van de vennootschapsbelastingplicht niet.

4.3.1.4.9 Betriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Op grond van de onder deze categorie genoemde lichamen en §4 KStG wordt de subjectieve belastingplicht voor "directe" overheidslichamen geregeld. "Indirecte" overheidslichamen zijn belastingplichtig naar gelang de rechtsvorm. In mijn onderzoek ga ik verder niet in op de subjectieve belastingplicht van overheidsondernemingen in Duitsland (in vergelijking met Nederland).⁵¹⁹

4.3.1.5 Beperkt binnenlands belastingplichtig

In §2 Abs.1 KStG is de beperkte belastingplicht voor lichamen geregeld. Beperkt belastingplichtig zijn vennootschappen, personenverenigingen en vermogens - waarvan de feitelijke leiding of de zetel niet in Duitsland is gevestigd, of die niet als onbeperkt belastingplichtig zijn aangemerkt - met binnenlands (Duits) inkomen. Een beperkte belastingplicht kan ook ontstaan voor lichamen die in beginsel zijn vrijgesteld, maar die een "*wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb*" hebben. Als hoofdregel geldt in Duitsland een onbeperkte binnenlandse belastingplicht voor de rechtsvormen genoemd in §1 KStG. Op grond van §5 KStG zijn de daar genoemde lichamen onder voorwaarden vrijgesteld van de *Körperschaftsteuer*. Bij sommige vrijgestelde lichamen wordt de vrijstelling deels weer teruggenomen voor zover er sprake is van een "*wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb*" (zie hoofdstuk 4.3.2 voor een nadere toelichting). Voor die lichamen geldt dus voor de desbetreffende activiteit een beperkte binnenlandse belastingplicht.⁵²⁰

Anders dan in Nederland zijn in Duitsland stichtingen en verenigingen dus in beginsel onbeperkt belastingplichtig, ook indien geen onderneming wordt gedreven (§1 Abs. 1 Nr.4 en 5 KStG).⁵²¹ Voor bepaalde non-profit (algemeen nut (*Gemeinnützigkeit*))⁵²², liefdadige of kerkelijke stichtingen en verenigingen kan - indien voldaan is aan de voorwaarden - wel een subjectieve vrijstelling gelden. Als uitzondering hierop geldt dat de vrijstelling is uitgesloten voor zover er een onderneming wordt gedreven.

⁵¹⁹ Zie voor een nadere uiteenzetting Desens in Hermann/Heuer/Raupach, Einf. KSt, Anm.72.

⁵²⁰ §5 Abs.1 Nr.9 KStG. *Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, die nach der Satzung, dem Stiftungsgeschäft oder der sonstigen Verfassung und nach der tatsächlichen Geschäftsführung ausschließlich und unmittelbar gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecken dienen (§§ 51 bis 68 der Abgabenordnung). Wird ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb unterhalten, ist die Steuerbefreiung insoweit ausgeschlossen. [...].*

⁵²¹ Een oorzaak hiervan zou kunnen zijn dat het Duitse civiele recht omtrent stichtingen anders is dan het Nederlandse. Zo kent Duitsland bijvoorbeeld de mogelijkheid tot het oprichten van een familiestichting. Op grond van §58, Nr. 6 AO mag maximaal een derde van de inkomsten worden aangewend om de oprichter van de stichting en zijn naaste familieleden *zu unterhalten, ihre Gräber zu pflegen und ihr Andenken zu ehren*. Het verder uitwerken van de verschillende civielrechtelijke verschillen tussen de Nederlandse en Duitse stichting valt buiten het bestek van mijn onderzoek. Voor een verdere uiteenzetting verwijs ik onder andere naar N. Idsinga/T.N Peters van Neijenhof/S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, Afgezonderd Particulier Vermogen en Nederlandse (familie)stichtingen, WPNR 2013/6995.

⁵²² Voor een uitgebreide uiteenzetting verwijs ik naar de uitgave van de Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V. Band 26 over "*Gemeinnützigkeit*" uit 2003 (DStJG 26, 2003).

4.3.2 Subjectieve en objectieve vrijstellingen

In §5 KStG wordt een opsomming gegeven van subjectieve en objectieve vrijstellingen. Lichamen kunnen onder voorwaarden zelf subjectief zijn vrijgesteld van de *Körperschaftsteuer*. Dit wordt ook wel "*persönliche Steuerbefreiung*" genoemd (zie §5 Abs.1, nr. 1, 2, 2a en 15 KStG). Bij bepaalde genoemde lichamen geldt geen gehele subjectieve vrijstelling, maar worden onder voorwaarden bepaalde inkomsten vrijgesteld. Dit wordt ook wel "*sachliche Steuerbefreiung*" genoemd, (zie §5 Abs. 1, nr. 3 tot 14 en 16 tot 23 KStG). Voor zover er sprake is van een "*wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb*" (voor de invulling van het begrip zie §14 AO, de invulling is niet hetzelfde, maar kan vergeleken worden met het Nederlandse inkomensbegrip) wordt de vrijstelling weer teruggenomen. De gedachte hierachter is het voorkomen van concurrentievervalsingen.⁵²³ De vrijstellingen gelden voor bepaalde overheidslichamen, voor vennootschappen die een algemeen maatschappelijk belang behartigen, of voor politiek gewenste instellingen.⁵²⁴ Evenals in Nederland kunnen ook in Duitsland bepaalde beleggingsrechtsvormen onder voorwaarden vrijgesteld zijn van belastingplicht. Dit is niet geregeld in de KStG zelf, maar in de desbetreffende speciale wet (bijvoorbeeld §16 I REITG waarin de zogenoemde G-REIT (German Real Estate Investment Trust) subjectief is vrijgesteld van *Körperschaftsteuer*).⁵²⁵

4.3.3 Buitenlandse belastingplichtigen

Een lichaam waarvan de feitelijke leiding of de zetel niet in Duitsland is gevestigd, kan toch *Körperschaftsteuer* verschuldigd zijn. Dit kan het geval zijn als het lichaam een inkomstenbron in Duitsland heeft. Buitenlands belastingplichtige lichamen worden op grond van §2 Abs. 1 KStG in de heffing betrokken voor hun Duitse inkomen. De Duitse inkomensbronnen voor buitenlandse belastingplichtigen staan opgesomd in §49 EStG. De buitenlandse belastingplicht en de Duitse inkomensbronnen zullen in dit onderzoek niet nader worden besproken en worden vergeleken met de Nederlandse buitenlandse belastingplicht.

4.4 Beschouwing / conclusie

In dit hoofdstuk heb ik onderzocht wie subjectief belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting, respectievelijk de *Körperschaftsteuer* en welke verschillen en overeenkomsten er bestaan tussen de onbeperkte en beperkte belastingplichtigen in beide landen. Uit een analyse van wetgeving, jurisprudentie en literatuur blijkt dat op hoofdlijnen in Nederland de volgende discussiepunten de boventoon voeren:

- De aanknopingspunten voor de subjectieve belastingplicht van onbeperkt binnenlands belastingplichtigen.
- Het onderscheid tussen beperkt en onbeperkt binnenlands belastingplichtigen.

Hieronder geef ik aan de hand van mijn toetsingskader (zie hoofdstuk 1.3.2.4) aan of Duitsland een rechtsregel (oplossing of benadering) heeft die aanbevelenswaardig is, of kan zijn, voor de vennootschapsbelasting ten aanzien van bovengenoemde discussiepunten.

4.4.1 Aanknopingspunten subjectieve belastingplicht

Beide landen kennen eenzelfde fiscale systematiek ten aanzien van het onderscheid tussen binnenlandse en buitenlandse belastingplichtigen. Het verschil valt terug te voeren op algemeen aanvaarde beginselen van internationaal belastingrecht, te weten het woonplaats- of vestigingsplaatsbeginsel (voor binnenlandse belastingplichtigen) en het bronbeginsel (voor buitenlandse belastingplichtigen). In beiden landen is sprake van belastingplicht indien een lichaam aldaar feitelijk is gevestigd. Daarnaast ontstaat in Duitsland *Körperschaftsteuer* als de statutaire zetel zich in Duitsland bevindt. Een oprichtingsfictie, zoals Nederland die kent, kent Duitsland niet. Hoewel de oprichtingsfictie tot doel had er voor te zorgen dat in geval van oorlog of

⁵²³ Zie hierover bijvoorbeeld A. Musil, Reformbedarf bei der wirtschaftlichen Betätigung gemeinnütziger Körperschaften, DStR 2009, blz. 2454.

⁵²⁴ J. Hey in Tipke/Lang²², Steuerrecht, §11, Rz. 33.

⁵²⁵ Klein in Hermann/Heuer/Raupach, §1 KStG, Anm.354.

iets dergelijks, de naar Nederlands recht opgerichte lichamen hun feitelijke leiding zouden kunnen verplaatsen naar de Koninkrijksdelen overzee zonder dat dan eindafrekening het resultaat zou zijn, is de fictie in de loop der jaren een steeds grotere rol gaan spelen in de in hoofdstuk 2.3.1 besproken aantrekkelijkheid van ons fiscale vestigingsklimaat. Door de fictie is het voor zogenoemde brievenbusmaatschappijen relatief eenvoudig in Nederland gevestigd te zijn en fiscaal te kwalificeren als inwoner. Dat laatste geeft toegang tot het uitgebreide Nederlandse verdragennetwerk. In het licht van de internationale/Europese fiscale ontwikkelingentoets uit mijn toetsingskader is dit punt interessant. De uitwerking van de fictie matcht niet meer met het oorspronkelijke doel. Mijns inziens is er daarmee niet (meer) voldaan aan de fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader. Ik ben derhalve van mening dat de Nederlandse wetgever er goed aan zou doen om de vestigingsplaatsfictie uit de wet te verwijderen om zo mogelijke belastingontwijking te voorkomen.

Duitsland streeft er naar het inkomen in de vennootschapsbelasting, respectievelijk de *Körperschaftsteuer* te betrekken die buiten het bereik van de inkomstenbelasting zou blijven. In Duitsland is dit wettelijk vastgelegd in §3 KStG. Deze bepaling fungeert in Duitsland als een vangnetbepaling. Ik ben het met Goossen eens dat uitgaande van de opzet en gegeven de historische band tussen onze VPB en het Duitse KStG het voor de hand gelegen had een wetsbepaling op te nemen analoog aan §3 Abs. 1 KStG.⁵²⁶ Dit artikel zou als een vangnet kunnen fungeren en er voor kunnen zorgen dat de rechtsvormen, waarvan het inkomen niet via de inkomstbelasting of anderszins volgens de Wet VPB belast is, subjectief belastingplichtig zijn voor de vennootschapsbelasting. In Nederland is een soort sluitpost opgenomen in art. 2 lid 1, onderdeel e Wet VPB 1969. In de parlementaire geschiedenis is aangegeven dat de ruime omschrijving is ingegeven door de wenselijkheid om alle door lichamen *gedreven ondernemingen* in de belasting te betrekken, ongeacht in welke rechtsvorm dat lichaam is gehuld. Dit is volgens de bewindvoerders een eis van fiscale neutraliteit en dient mede om ontgaanspogingen te verijdelen.⁵²⁷ Desondanks is het onzeker of bepaalde trusts die in Nederland zijn gevestigd wel belastingplichtig zijn. Een vangnetbepaling, zoals die is vormgegeven in zowel de vennootschapsbelasting als *Körperschaftsteuer* past mijns inziens goed bij de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever omtrent de subjectieve vennootschapsbelastingplicht en geeft de bedoeling van de wetgever ook expliciet weer.

Beide landen hebben er voor gekozen om bovengenoemd streven te bereiken door het opstellen van een wettelijke opsomming van rechtsvormen die subjectief belastingplichtig zijn voor de vennootschapsbelasting, respectievelijk de *Körperschaftsteuer*. Evenals Nederland kent Duitsland dus ook geen eenduidige fiscale definitie (verzamelbegrip) van het begrip lichaam of het begrip rechtsvorm dat onder de *Körperschaftsteuer* valt. Het aanknopingspunt van de opsomming verschilt in beide landen.

In Nederland geldt als aanknopingspunt voor de vennootschapsbelastingplicht rechtspersoonlijkheid (op grond van het civiele recht) én ten aanzien van de overige rechtssentiteiten de vrije verhandelbaarheid van participaties. In Duitsland blijkt uit de opsomming in de KStG dat alle in Duitsland voor het civiele recht aangemerkte rechtspersonen onbeperkt binnenlands belastingplichtig zijn. Uit de opsomming blijkt ook dat rechtspersoonlijkheid niet het enige aanknopingspunt is voor de belastingplicht.

Een belangrijk verschil is dat in Duitsland de vrije overdraagbaarheid van aandelen geen relevant criterium is om de belastingplicht te bepalen. Een rechtsvorm die, afhankelijk van hetgeen in een vennootschapscontract overeengekomen is, de ene keer kwalificeert als rechtspersoon en de andere keer als personenvennootschap (zoals de Nederlandse CV, of fonds voor gemene rekening) komt in Duitsland dus niet voor. In Duitsland worden personenvennootschappen niet genoemd in de opsomming; zij zijn fiscaal altijd transparant en niet subjectief belastingplichtig voor de *Körperschaftsteuer*. De kritiek in Nederland op de onoverzichtelijke en onduidelijke uitleg van het criterium vrije verhandelbaarheid van participaties – die ook doorwerkt naar de kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen – is in Duitsland dus niet aanwezig.

⁵²⁶ H.P.J. Goossen, Belastingplicht in de vennootschapsbelasting, Fed Fiscale Brochures, 1991, blz. 9.

⁵²⁷ Kamerstukken II 1962-1963, 6000, nr. 9, blz.8.

Gezien het oorspronkelijke streven van de Nederlandse wetgever de winst van de ondernemingen in de vennootschapsbelasting te betrekken die buiten het bereik van de inkomstenbelasting zou blijven en gezien de in hoofdstuk 4.2.4.1 geschetste discussiepunten, is het mijns inziens vanuit fiscaal oogpunt mogelijk en aanbevelenswaardig om het criterium handelbaarheid van participaties voor de vennootschapsbelastingplicht te laten vallen. Dit zou ertoe leiden dat binnen het huidige wettelijke systeem alle CV's als fiscaal transparant worden beschouwd.⁵²⁸ Daarmee zouden in de praktijk ook lastige kwalificatieverschillen van samenwerkingsverbanden tussen landen mogelijk opgelost kunnen worden, aangezien Nederland het enige land ter wereld is dat dit criterium hanteert om fiscale transparantie te bepalen en daarmee internationaal gezien dus uit de pas loopt.⁵²⁹ Het schrappen van het fiscale onderscheid tussen transparante en niet-transparante personenvennootschappen zou er mijns inziens dus toe leiden dat er beter wordt voldaan aan de fiscaal-juridische toets, fiscaal-wetstechnische toets en internationale/Europese fiscale ontwikkelingentoets.

Ten aanzien van de kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen hanteren beide landen in beginsel eenzelfde soort aanpak. Aan de hand van de civielrechtelijke wet- en regelgeving van het desbetreffende land, de statuten of overeenkomst van de desbetreffende rechtsvorm en de wet- en regelgeving van Nederland, respectievelijk Duitsland wordt beoordeeld of een buitenlandse rechtsvorm overeenkomt met een kapitaalvennootschap of met een personenvennootschap. Beide landen hebben in een besluit criteria vastgelegd om de fiscale status van twijfelgevallen te bepalen. Ook hebben beide landen kwalificatielijsten gepubliceerd waarop bepaalde rechtsvormen expliciet genoemd staan. De criteria die Nederland hanteert wijken echter af van de criteria die Duitsland hanteert. Daar waar in Nederland het criterium in welke mate de overdraagbaarheid van aandelen geregeld is ook ten aanzien van de kwalificatie van buitenlandse lichamen een prominente rol speelt, is dit in Duitsland niet het geval. Uit hoofdstuk 4.3.1.4.4. is gebleken dat de kwalificatie van buitenlandse lichamen aan de hand van het beleidsbesluit omkleed is met vragen en onzekerheden. Zo is bijvoorbeeld niet duidelijk hoe de criteria moeten worden gewogen en of er mogelijk nog andere criteria van toepassing zijn. De nadere invulling van de huidige Duitse kwalificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden kan derhalve mijns inziens niet als aanbevelenswaardig voor Nederland worden gezien, aangezien niet of in mindere mate aan de fiscaal-wetstechnische toets uit mijn toetsingskader wordt voldaan. Daarnaast leiden de onduidelijke criteria in het Duitse beleidsbesluit tot rechtsonzekerheid bij de belastingplichtigen (hetgeen leidt tot het minder voldoen aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader).

Het in hoofdstuk 2.7 besproken CCTB-voorstel biedt mijns inziens geen inspiratie voor de aanknopingspunten voor de subjectieve belastingplicht. Het voorstel kent geen eigen definitie van lichamen die onder de CCTB zouden moeten vallen. Indien aan een aantal eisen (rechtsvormeis, onderworpenheidseis, omvangs-eis, en groepseis) wordt voldaan, is er sprake van CCTB-plicht (art. 2 CCTB-voorstel). De rechtsvormeis sluit aan bij de bestaande rechtsvormen die onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting in de desbetreffende EU landen. Aan de hand van een lijst wordt aangegeven welke rechtsvormen mogelijk belastingplichtig zijn voor de CCTB. Indien de vennootschap is opgericht naar het recht van een derde land, wordt de vennootschap vergeleken

⁵²⁸ In gelijke zin A.J.A. Stevens, De tien geboden tot afschaffing van de open CV, NTFR 2006/1727.

⁵²⁹ Dat het criterium tot lastige kwalificatieverschillen kan leiden bewijst mijns inziens alleen al het Verdrag Nederland - Duitsland dat op 1 januari 2016 in werking is getreden. Artikel I lid 2 Protocol bevat een regeling voor kwalificatieverschillen (hybride entiteiten). De inhoud van deze bepaling komt er op neer dat de kwalificatie als fiscaal transparant of niet transparant wordt gemaakt door de woonstaat. Ik vind het wel aardig om te melden dat ik tijdens het parlementaire proces een aantal casusposities heb aangedragen om meer duidelijkheid te krijgen omtrent de fiscale gevolgen bij kwalificatieverschillen. Deze casusposities zijn nader uitgewerkt in de nota naar aanleiding van het verslag. Zie Kamerstukken II 2013-2014, nr. 33 615, nr. 5, blz. 42-48. Voor een nadere analyse zie ook A.J.A. Stevens, Enige internationaalrechtelijke fiscale aspecten van personenvennootschappen, TFO 2015/140.2, paragraaf 4. Voor een Duitse uiteenzetting van de problematiek zie C. Spengel/M. Schaden, Grenzüberschreitende Besteuerung von Personengesellschaften im OECD-MA - Problembereiche und Lösungsansätze, StuW 2/2012, blz. 105-118.

met een opgesomde rechtsvorm. Hoe de vergelijking moet plaatsvinden wordt niet nader geconcretiseerd.⁵³⁰

Kort samenvattend zou het mijns inziens aanbevelenswaardig zijn dat Nederland wat betreft het aanknopingspunt voor onbeperkte belastingplicht aansluit bij de Duitse benadering. Dat wil dus zeggen dat het criterium "verhandelbaarheid van participaties" voor het bepalen van de subjectieve belastingplicht komt te vervallen. Voor het bepalen van de fiscale status van buitenlandse samenwerkingsverbanden zou het goed zijn dat beide landen komen met een eenduidig toetsingskader geïnspireerd door de internationale/Europese fiscale ontwikkelingen op dit gebied.⁵³¹

4.4.2 Geen onderscheid tussen onbeperkte en beperkte belastingplicht; een optie voor Nederland?

Een ander belangrijk verschil ten aanzien van de subjectieve belastingplicht in beide landen is het Nederlandse onderscheid tussen onbeperkte en beperkte belastingplicht aan de hand van het criterium of er een onderneming wordt gedreven. In Duitsland is het criterium of er een onderneming wordt gedreven in beginsel niet relevant voor het bepalen van de (onbeperkte of beperkte) belastingplicht.⁵³² In Nederland zijn verenigingen en stichtingen (en ook andere dan publiekrechtelijke rechtspersonen⁵³³) van oudsher niet onbeperkt belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. Samengevat wordt als belangrijkste redenen hiervoor gewezen op het rechtskarakter, doelstelling en functie van deze rechtsvormen, waarbij alleen belastingheffing voor zover een onderneming zou worden gedreven zou passen.⁵³⁴

Op hoofdlijnen komen mijns inziens de gedachten van de Nederlandse wetgever inzake de belastingplicht voor stichtingen en verenigingen wel overeen met de Duitse gedachte. Het doel in beide landen is om verenigingen en stichtingen van "algemeen nut" niet in de belastingheffing te betrekken. Uit de wetsgeschiedenis van de Wet Vpb 1969 blijkt dat - ter zake van de subjectieve belastingplicht voor stichtingen - de belastingwetgever ervan uit is gegaan dat de stichting in de regel een algemeen nuttige doelstelling heeft en naar haar wettelijke "normaaltipe" geen onderneming drijft. De Nederlandse wetgever vult dus het begrip "algemeen nut" in door aan te sluiten bij het begrip "geen onderneming drijven". Voor een stichting die wel een onderneming dreef en algemeen nuttig was, was er tot 1 januari 2012 een vrijstelling geregeld in art. 6 Wet VPB 1969.

Een terechte vraag die mijns inziens gesteld kan worden is waarom in Nederland als hoofdregel geldt dat een stichting of vereniging alleen bij het drijven van een onderneming vennootschapsbelastingplichtig is. Waarom worden een NV en een stichting die zich louter met beleggen bezig houden fiscaal verschillend behandeld? Als de oorspronkelijke bedoeling van de Nederlandse wetgever is geweest de winst van de *ondernemingen* in de vennootschapsbelasting te betrekken die anders buiten het bereik van de inkomstenbelasting zou blijven, is het mijns inziens niet consistent en niet principieel dat om praktische redenen voor de BV en NV (en overige rechtsvormen genoemd in art. 2 lid 5 Wet VPB 1969) is bepaald dat deze rechtsvormen een onderneming drijven met hun gehele vermogen (en dat dit niet geldt voor stichtingen en verenigingen). Mijns inziens wordt daarmee vooral niet of in mindere mate voldaan aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader, omdat op het oog gelijke gevallen ongelijk worden behandeld.

⁵³⁰ Zie hierover J.L. van de Streek, De geherlanceerde CCTB/CCCTB-voorstellen; nu wél een schot in de roos?, WFR 2017/63, paragraaf 3.1.

⁵³¹ Zie hieromtrent bijvoorbeeld het boek P.H.J. Essers e.a. "Hybrid entities and the EU Direct Tax Directives" EUCOTAX Series on European Taxation, volume 41, 2015.

⁵³² Alleen bij bepaalde in §5 KStG genoemde vrijstellingen komt dit criterium terug en wordt de vrijstelling teruggenomen voor zover er sprake is van een "*wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb*".

⁵³³ Ik beperk me in het verdere verloop van de paragraaf tot de stichting en vereniging.

⁵³⁴ Zie C.P.M. van Houte, De stichting in het Nederlandse belastingrecht, FM nr. 69, 2^e druk, Kluwer, 2009 en Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, Rapport van de commissie ter bestudering van fiscale aspecten van stichtingen, nr. 180, Kluwer, 1989.

Mijns inziens zou het vanuit bovengenoemde oorspronkelijke gedachte omtrent de belastingplicht van verenigingen en stichtingen beter zijn om aan te sluiten bij de Duitse systematiek. In Duitsland kan op hoofdlijnen mijns inziens de belastingplicht voor een vereniging of stichting als volgt worden weergegeven.

- De hoofdregel in Duitsland is dat er een onbeperkte belastingplicht voor verenigingen en stichtingen geldt (ook als deze louter aan het beleggen is).
- Als uitzondering geldt dat een stichting of vereniging van belastingplicht is vrijgesteld, indien zij uitsluitend een non-profit (algemeen nut), liefdadige of kerkelijke functie heeft.⁵³⁵
- De vrijstelling geldt niet voor zover er een "*wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb*" (een ondernemingsactiviteit) wordt uitgeoefend.

In Duitsland wordt systematisch vastgehouden aan het feit dat de genoemde rechtsvormen in § 1 KStG onbeperkt belastingplichtig zijn. Daarnaast hanteert Duitsland – in tegenstelling tot het ondernemingsbegrip in Nederland – het criterium "algemeen nut, liefdadigheid, of kerkelijk". Op hoofdlijnen kan mijns inziens gesteld worden dat Nederland alleen de derde stap hanteert. Er is sprake van een belastingplicht voor verenigingen en stichtingen voor zover er een onderneming wordt gedreven.⁵³⁶ Een voordeel van de Duitse benadering is dat het vaststellen van de belastingplicht als zodanig minder discussie en problemen met zich meebrengt. Daarnaast zullen de rechtsvormen stichting en vereniging – voor zover ik kan overzien – minder snel gebruikt worden vanuit fiscale overwegingen. Een in beginsel onbeperkte belastingplicht voor stichtingen en verenigingen waakt er voor dat er geen belastingvrij vacuüm ontstaat.⁵³⁷ Ik merk hierbij op dat het onbelast oppotten van privévermogen in een afgezonderd particulier vermogen (APV) al deels is opgelost door de wijzigingen in de *inkomstenbelasting* rondom het APV-regime.⁵³⁸ Dat neemt mijns inziens niet weg dat er geen sprake is van een conceptueel sluitende en systematische oplossing. Naar mijn mening is het passender de belasting te heffen op het niveau van de stichting.⁵³⁹ Vanuit de fiscaal-beleidsanalytische toets lijkt mij dat de Duitse invulling omtrent de subjectieve belastingplicht beter zou passen bij de gedachte achter de subjectieve belastingplicht en daarmee aanbevelenswaardig om ook ingevoerd te worden in de vennootschapsbelasting. De Duitse benadering lijkt mij ook qua structuur beter in de vennootschapsbelasting te passen (vergelijk de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader).

Wel wijs ik op het feit dat deze Duitse systematiek met zich mee zal brengen dat in principe iedere vereniging en stichting aangifte vennootschapsbelasting moet doen, tenzij de desbetreffende vereniging of stichting aantoonde dat zij (uitsluitend) een non-profit (algemeen nut), liefdadige of kerkelijke functie heeft én geen sprake is van een "*wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb*." Dit heeft tot gevolg dat stichtingen en verenigingen eerder te maken krijgen met administratieve lasten. Daarnaast heeft de Duitse systematiek gevolgen voor de bewijslastpositie van de belastingplichtige. De Belastingdienst zal meer achterover kunnen leunen, omdat de hoofdregel is dat er sprake is van vennootschapsbelastingplicht. Deze twee punten zullen ongetwijfeld tot de nodige weerstand vanuit de praktijk leiden. De Duitse systematiek zal derhalve minder scoren wat betreft uitvoerbaarheid en

⁵³⁵ Wat hieronder wordt verstaan staat uitgebreid omschreven in §51-68 AO. Wellicht dat de Nederlandse wetgever inspiratie kan halen uit hetgeen hier als uitzondering is aangemerkt.

⁵³⁶ De bepaling dat een lichaam is vrijgesteld van vennootschapsbelasting bij welke de behartiging van een algemeen maatschappelijk belang op de voorgrond staat en het streven naar winst, hetzij geheel ontbreekt, hetzij van bijkomstige betekenis is (art. 6 Wet VPB 1969 (oud)), is – om pragmatische redenen – vervangen door een meer algemene vrijstelling voor stichtingen en verenigingen met een relatief gering resultaat (zie ook Hoofdstuk 4.2.2).

⁵³⁷ Zie ook R. Offermanns, *The entrepreneurship concept in a European comparative law perspective*, Eucotax, Kluwer Law International, volume 5, 2002, blz. 178-179.

⁵³⁸ Voor een nadere uiteenzetting zie J.P. Boer, *De toerekeningsstop en het APV-regime: dubbel genaaid, houdt beter?*, WFR 2017/229. Kooiman merkt overigens op dat zijns inziens door HR 10 april 2015, nr. 13/04999, BNB 2015/152 nog steeds (non-discretionair) vermogen van de trust buiten schot kan blijven. W.R. Kooiman, *Het nieuwe trustarrest*, NTFR-B 2017/43.

⁵³⁹ In gelijke zin N. Idsinga/T.N. Peters van Neijenhof/S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, *Afgezonderd Particulier Vermogen en Nederlandse (familie)stichtingen*, WPNR 2013/6995.

handhaafbaarheid (onderdeel van de fiscaal-beleidsanalytische toets).⁵⁴⁰ Daarnaast zal er vermoedelijk discussie ontstaan wanneer er sprake is van een algemeen nut, liefdadige of kerkelijke functie. Zonder dat in details uit te werken zou Nederland ook hier inspiratie kunnen opdoen in Duitsland om te analyseren hoe dat (wel of niet) zou moeten worden ingevuld.

4.4.3 Schematisch overzicht huidige overeenkomsten en verschillen

Schematisch kan mijns inziens de huidige Nederlandse en Duitse invulling omtrent de subjectieve belastingplicht in de vennootschapsbelasting, respectievelijk *Körperschaftsteuer* als volgt worden weergegeven:

	Nederland			Duitsland		
Vestigingsplaats	Feitelijke leiding. Vestigingsplaatsfictie.			Feitelijke leiding. Statutaire zetel.		
Uitgangspunt belastingplicht	Limitatieve opsomming van rechtsvormen.			Limitatieve opsomming van rechtsvormen.		
Aanknopingspunt voor opsomming	Rechtspersoonlijkheid én de vrije verhandelbaarheid van participaties.			Rechtspersoonlijkheid én overige in de opsomming genoemde niet-rechtspersonen.		
Vergelijking belangrijkste rechtsvormen	Rechtsvorm	Belasting plicht	Rechts persoonlijk heid	Rechtsvorm	Belasting plicht	Rechts persoonlijk heid
	NV	Onbeperkt	Ja	AG	Onbeperkt	Ja
	BV	Onbeperkt	Ja	GmbH	Onbeperkt	Ja
	Open CV	Onbeperkt	Nee	-	-	-
	-	-	-	KG auf Aktien	Onbeperkt	Ja
	Coöperatie	Onbeperkt	Nee	Genossenschaft	Onbeperkt	Nee
	Stichting	Beperkt (voor zover een onderneming)	Ja	Stiftung	Onbeperkt, tenzij vrijstelling	Ja/Nee
	Vereniging	Beperkt (voor zover een onderneming)	Ja	Verein	Onbeperkt, tenzij vrijstelling	Ja/Nee
	Besloten CV	Transparant	Nee	KG (GmbH & Co KG)	Transparant	Nee
	Maatschap	Transparant	Nee	GbR	Transparant	Nee
	VOF	Transparant	Nee	OHG	Transparant	Nee
Kwalificatie buitenlandse rechtsvormen	Rechtsvormvergelijking (Typenvergleich) De fiscale status van buitenlandse rechtsvormen wordt bepaald aan de hand van jurisprudentie en een besluit met toetsingscriteria waarbij de mate van verhandelbaarheid doorslaggevend is. Kwalificatielijst beschikbaar.			Rechtsvormvergelijking (Typenvergleich) De fiscale status van buitenlandse rechtsvormen wordt bepaald aan de hand van jurisprudentie en een besluit met toetsingscriteria waarbij de mate van verhandelbaarheid niet doorslaggevend is. Kwalificatielijst beschikbaar.		
Vrijstellingen	Onder voorwaarden zijn bepaalde genoemde lichamen subjectief vrijgesteld.			Onder voorwaarden zijn bepaalde genoemde lichamen subjectief vrijgesteld, danwel gelden voor bepaalde lichamen objectieve vrijstellingen.		
Buitenlandse belastingplicht	Voor zover er binnenlands inkomen wordt genoten.			Voor zover er binnenlands inkomen wordt genoten.		

⁵⁴⁰ Zie hieromtrent ook het al eerder aangehaalde Geschriften van de vereniging van belastingwetenschap, maatschappelijke ondernemingen, nr. 245, Kluwer 2011, paragraaf 6.8. Ook Van Houte geeft aan dat het niet juist is om iedereen, dus ook stichtingen / verenigingen die niet belastingplichtig zijn, maar een aangifteplicht op te leggen, met als argument dat de belastingdienst te laks is om de geregistreerde stichtingen / verenigingen op te sporen en te controleren. C.P.M. van Houte, Geen algemene aangifteplicht voor stichtingen en verenigingen, WFR 1994/890.

5 Fiscaal winstbegrip

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de hoofzaken rondom het fiscale winstbegrip in Nederland en Duitsland. Allereerst zet ik in hoofdstuk 5.2 het object van heffing in Nederland uiteen, waarbij onder andere de (historie en ratio van de) begrippen totaalwinst (hoofdstuk 5.2.2), jaarwinst en goed koopmansgebruik (hoofdstuk 5.2.3) de revue zullen passeren. Vervolgens ga ik in hoofdstuk 5.2.4 in op de verhouding tussen het fiscale winstbegrip en het commerciële winstbegrip. In hoofdstuk 5.2.5 zal ik vervolgens toelichten dat mijns inziens de (toekomstige) ontwikkeling van goed koopmansgebruik en de aansluiting van het fiscale winstbegrip met het commerciële winstbegrip huidige relevante discussiepunten zijn rondom het fiscale winstbegrip in Nederland. Deze discussiepunten analyseer ik in het licht van mijn in hoofdstuk 1.3.2.4 opgestelde toetsingskader. In hoofdstuk 5.3 zal ik onderzoeken hoe het object van heffing in de *Körperschaftsteuer* is vormgegeven. Hierbij zal ik eenzelfde hoofdstukindeling hanteren als bij de Nederlandse uiteenzetting. Aangezien de belastinggrondslag in de *Gewerbesteuer* in eerste aanleg wordt bepaald door de belastinggrondslag voor de *Körperschaftsteuer* of *Einkommensteuer* (zie hoofdstuk 3.3.1.2) zal ik deze niet expliciet nader bespreken.⁵⁴¹ Het onderzoek naar de systematiek en invulling van het fiscale winstbegrip in Duitsland heeft als doel om een analyse te kunnen maken hoe Duitsland met de in hoofdstuk 5.2.3 benoemde (Nederlandse) discussiepunten omgaat en of aldaar rechtsregels of ontwikkelingen ten aanzien van deze discussiepunten aanbevelenswaardig voor Nederland zouden kunnen zijn. Dit toets ik wederom aan de hand van mijn in hoofdstuk 1.3.2.4 opgestelde toetsingskader.

In dit hoofdstuk zal ik slechts op hoofdlijnen ingaan op hoe de fiscale winst tot stand komt en worden sommige bepalingen die de fiscale winst beïnvloeden in latere hoofdstukken uitgebreider behandeld (bijvoorbeeld verliesverrekening, renteaftrekbeperkingen, deelnemingsvrijstelling, fiscale eenheid en reorganisatiefaciliteiten). In dit hoofdstuk staat primair de systematiek en principiële gedachte omtrent het fiscale winstbegrip in Nederland en Duitsland centraal. Om mijn onderzoek binnen de perken te houden, is niet gekozen voor een integrale uiteenzetting van bijvoorbeeld specifieke winstbepalingen omtrent activa, passiva, afschrijvingsmogelijkheden, kostenafrek, het kunnen vormen van reserves of voorzieningen en/of waarderingskwesaties.⁵⁴² Ook zal ik niet expliciet ingaan op de fiscale winstbepaling bij het hoofdhuis en een vaste inrichting, op transfer pricing aspecten en de faciliteiten voor innovatie, zijnde in Nederland de speur- en ontwikkelings (S&O) aftrek en innovatiebox.

Innovatie en S&O werkzaamheden

Ten aanzien van S&O werkzaamheden volsta ik met de opmerking dat in tegenstelling tot Nederland in Duitsland S&O werkzaamheden tot op heden niet fiscaal gestimuleerd worden, maar via rechtstreekse subsidies (die eenzelfde effect kunnen hebben).⁵⁴³ Vermeldingswaardig is dat er vanaf 1 januari 2018 in Duitsland in bepaalde gevallen een aftrekbeperking voor licentiebetalingen geldt (*Lizenzschränke*, §4j EStG).⁵⁴⁴ De regeling bepaalt dat betaalde vergoedingen voor licenties, gebruiksrechten e.d. slechts gedeeltelijk aftrekbaar zijn, als deze bij de ontvanger als gevolg van een

⁵⁴¹ Voor rekenvoorbeelden verwijs ik bijvoorbeeld naar F.J. Elswier, Ontwikkelingen in de Duitse belastingwetgeving voor vennootschappen; gevolgen voor Nederland, MBB 2008/04, paragraaf 4 en J.H.A.M. van Helvoirt/E.M.S. Spierts/A.J.A. Stevens, De Duitse Unternehmensteuerreform 2008: een overzicht, WFR 2008/834, paragraaf 2.1.

⁵⁴² Voor een dergelijke invalshoek verwijs ik naar bijvoorbeeld P.H.J. Essers/O.A.W.J. Janssen, Fiscale grensvergelijkingen, Kluwer 1994 en naar de scriptie (die ik heb begeleid) van A.T.H. van der Linden met de titel "Het object van heffing: een vergelijking tussen Nederland en Duitsland (31 maart 2016).

⁵⁴³ In gelijke zin A.C. Breuer/A.J.A. Stevens, Fiscale ontwikkelingen in Duitsland, WFR 2016/3, paragraaf 3.2.

⁵⁴⁴ Zie het *Gesetz gegen schädliche Steuerpraktiken im Zusammenhang mit Rechteüberlassungen* (*Lizenzschränke*), 4 juli 2017 (BGBl. I 2017, S. 2074). De wet treedt voor het eerst op 1 januari 2018 in werking. Deze passage over de *Lizenzschränke* heb ik ook gepubliceerd in F.J. Elswier, Fiscale partijpunten Bondsdagverkiezingen 2017 in het licht van fiscale ontwikkelingen in Duitsland en Nederland, WFR 2017/174.

specifieke regeling (*Präferenzregelung*) laag worden belast én de ontvanger een “verbonden persoon” is (in de zin van §1 Abs. 2 AStG). Van een specifieke regeling is sprake als de vergoeding wordt belast tegen een bijzonder tarief, dat lager is dan 25%. De aftrekbeperking geldt niet als de vergoeding wordt belast in een land waar het reguliere winstbelastingtarief lager is dan 25%, maar dat geen *Präferenzregelung* voor licentievergoedingen kent. De aftrekbeperking geldt ook niet als de ontvanger is gevestigd in een land dat weliswaar een gunstig belastingregime voor licentievergoedingen heeft, maar dat als voorwaarde van dat regime de Nexus-benadering hanteert. Hoewel dat bij mijn weten nog nergens expliciet is aangegeven, is mijns inziens daarmee de Duitse aftrekbeperking voor licentiebetalingen niet van toepassing bij vergoedingen die onder de Nederlandse innovatiebox vallen. Nederland heeft immers per 1 januari 2017 de innovatiebox gewijzigd, daarbij de Nexus-benadering geïmplementeerd en expliciet van de EU te horen gekregen dat de innovatiebox EU-proof is.⁵⁴⁵

De recente invoering van de *Lizenzschranke* heeft de nieuwe Duitse regering er echter niet van weerhouden om zelf ook fiscale stimuleringsmaatregelen voor S&O werkzaamheden (*Forschung und Entdeckung*) aan te kondigen. In het op 7 februari 2018 gepubliceerde regeerakkoord is aangegeven dat het de bedoeling is dat kleine en middelgrote ondernemingen die zich bezighouden met spur- en ontwikkelingswerk fiscaal zullen worden ondersteund (aan de kostenkant van personeel en opdrachten).⁵⁴⁶

5.2 Nederland

5.2.1 Object van heffing

De bepalingen omtrent het object van heffing voor binnenlandse belastingplichtigen zijn neergelegd in hoofdstuk II van de Wet VPB 1969. Voor binnenlandse belastingplichtige lichamen is het belastingobject het belastbare bedrag. Het belastbare bedrag is de in een jaar genoten *belastbare winst* verminderd met de te verrekenen verliezen (art. 7 Wet VPB 1969). De belastbare winst is de *winst* verminderd met de aftrekbare giften. Onder jaar wordt boekjaar verstaan. Voor de vennootschapsbelasting wordt in beginsel als uitgangspunt het winstbegrip van de inkomstenbelasting overgenomen (art. 8 lid 1 Wet VPB 1969 jo. art. 3.8 Wet IB 2001), tenzij de Wet op de vennootschapsbelasting of inkomstenbelasting anders bepaalt.⁵⁴⁷ Dit betekent dat de begrippen totaalwinst (art. 3.8 Wet IB 2001 e.v.), jaarwinst en goed koopmansgebruik (art. 3.25 Wet IB 2001) ook in de vennootschapsbelasting bepalende begrippen zijn. Bij de invulling van het fiscale winstbegrip heeft de wetgever zich bewust terughoudend opgesteld en de invulling van de begrippen totaalwinst, jaarwinst en goed koopmansgebruik zoveel mogelijk overgelaten aan de rechter. De contouren van deze genoemde begrippen hebben dan ook pas in de loop van de geschiedenis vorm gekregen.⁵⁴⁸ Reden voor de terughoudendheid van de wetgever is met name dat (de invulling van)

⁵⁴⁵ Zie het nieuwsbericht van het Ministerie van Financiën van 28 juni 2017, V-N 2017/34.21.

⁵⁴⁶ Koalitionsvertrag CDU, CSU und SPD, 7 februari 2018, “Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land”. Zie voor een uitgebreide uiteenzetting van de fiscale punten uit het regeerakkoord van 7 februari 2018 het door mij opgestelde bericht gepubliceerd in Tax Live (<http://taxlive.nl/-/ey-fiscale-punten-regeerakkoord-in-duitsland>).

⁵⁴⁷ Zie art. 8 lid 2, onderdeel a, b en c Wet VPB 1969. Voor een overzicht van de eigen regels volgens de Wet VPB 1969 verwijs ik naar Cursus Belastingrecht, onderdeel Vpb. 2.0.3. B.b. Zo wordt bijvoorbeeld in art. 9 en art. 10 Wet VPB 1969 bepaald dat bepaalde kosten niet in aftrek mogen worden gebracht. In mijn onderzoek ga ik niet op de relatie tussen beide laatstgenoemde wettelijke bepalingen en de totaalwinstgedachte van art. 3.8 Wet IB 2001. Zie hierover bijvoorbeeld W.F.E.M. Egelie, Mijmeren over het stelsel van de Wet VPB, NTFR 2014/2405 en Cursus Belastingrecht, 2014 onderdeel Vpb. 2.0.5.A.f.

⁵⁴⁸ Voor een overzicht van de rechterlijke invulling van de begrippen totaalwinst, jaarwinst en goed koopmansgebruik verwijs ik naar J.N. Bouwman, Honderd jaar cassatierechtspraak over totaalwinst in de inkomsten- en vennootschapsbelasting TFO 2016/144.1, J. Doornebal, Honderd jaar cassatierechtspraak inzake jaarwinst in vogelvlucht, TFO 2016/144.2 en P.G.H. Albert, Honderd jaar goed koopmansgebruik (jaarwinstbepaling), NTFR 2015/1020.

het fiscale winstbegrip op deze wijze makkelijker met de maatschappelijke ontwikkelingen mee kon en kan gaan.⁵⁴⁹

5.2.1.1 Totaalwinst

5.2.1.1.1 Historische ontwikkeling en ratio

De oorsprong van de totaalwinstgedachte gaat terug naar 1893, waar in art. 3 Wet Belasting op bedrijfs- en andere inkomsten werd bepaald dat de winst de som is van al hetgeen in geld of geldswaarde genoten wordt uit bedrijf of onderneming. De definitie van het begrip totale winst is in de loop der tijd nauwelijks gewijzigd. In het besluit IB 1941, het besluit VPB 1942, Wet IB 1964 en Wet IB 2001 zijn vergelijkbare omschrijvingen te vinden.⁵⁵⁰ Zoals al aangegeven heeft de wetgever de invulling van het begrip totaalwinst voor een groot deel overgelaten aan de rechter.

5.2.1.1.2 Huidige kenmerken

In art. 3.8 Wet IB 2001 staat de totaalwinstgedachte omschreven als *“het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming”*.⁵⁵¹ De totale winst van een onbeperkt binnenlandse belastingplichtige omvat alle voordelen die gedurende de gehele bestaansperiode van het lichaam zijn behaald. Ook niet-beoogde voordelen, incidentele voordelen en voordelen in natura worden dus tot de winst gerekend.⁵⁵² Het totaalwinstbegrip heeft een objectief karakter.⁵⁵³ Het totale winstbegrip impliceert dat er een onderscheid gemaakt moet worden tussen kapitaalmutaties en winst. Kapitaalstortingen en kapitaal terugbetalingen veroorzaken wel een vermogensvermeerdering, respectievelijk vermogensvermindering, maar vormen geen winst of verlies.⁵⁵⁴ De totaalwinstgedachte leidt er met andere woorden toe dat getoetst moet worden of de door een lichaam behaalde voor- en nadelen wel toerekenbaar zijn aan de ondernemingsuitoefening. Transacties en overige rechtsverhoudingen tussen een lichaam en zijn aandeelhouder, kapitaalverschaffer, of gelieerde lichamen dienen dan ook tot strikt zakelijke condities te worden herleid. Art. 3.8 Wet IB 2001 is bepalend voor de correctie van transacties tussen een lichaam en zijn aandeelhouder/natuurlijk persoon en art. 8b Wet VPB 1969, waarin het at arm's lengthbeginsel is neergelegd, corrigeert sinds 2002 expliciet onzakelijkheden bij transacties tussen gelieerde lichamen.⁵⁵⁵ Naast de algemene bepaling omtrent de totale winst heeft de wetgever – zoals reeds hiervoor opgemerkt – nog aanvullende bepalingen in

⁵⁴⁹ Dat de wetgever dit voor ogen had blijkt uit diverse parlementaire uitlatingen, bijvoorbeeld in de parlementaire geschiedenis van de Wet IB 1964 is te lezen dat “de fiscale begrippen totale winst en jaarwinst niet een in beginsel onveranderlijke, doch een levende met de maatschappijontwikkeling groeiende inhoud hebben”, Kamerstukken II, 1958-1959, 5380, nr. 3, blz. 20. In de parlementaire geschiedenis van de Wet IB 2001 is te lezen: “Bij de invulling van het goed koopmansgebruik is een belangrijke taak weggelegd voor de belastingrechter. De wetgever dient zich bij de invulling ervan zeer terughoudend op te stellen, teneinde de dynamiek van het goed koopmansgebruik niet aan te tasten.” Kamerstukken II, 1998-1999, 26727, nr. 3, blz. 107.

⁵⁵⁰ Zie hieromtrent ook J.N. Bouwman, Honderd jaar cassatierechtspraak over totaalwinst in de inkomsten- en vennootschapsbelasting TFO 2016/144.1, paragraaf 2.

⁵⁵¹ Voor een uitgebreide uiteenzetting van het begrip totaalwinst verwijs ik naar Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, Totaalwinst, nr. 253, Kluwer 2015 en J.G. Verseput, de totale winst in de vennootschapsbelasting, FED Fiscale Brochures, Kluwer, 2013.

⁵⁵² Met andere woorden, er wordt geen onderscheid gemaakt tussen bedrijfsmatige en niet bedrijfsmatige inkomsten en uitgaven. Zie HR 13 maart 1957, BNB 1957/141 en A.O. Lubbers/G.T.K Meussen, Hoofdzaken winst uit onderneming, Fiscale Studieseries nr. 32, Kluwer, 2008, paragraaf 3.2.

⁵⁵³ Zie hierover ook Cursus Belastingrecht, onderdeel Vpb. 2.0.0.B en 2.0.4.A.a.

⁵⁵⁴ Over onttrekkingen en (informele) kapitaalstortingen is veel jurisprudentie, alsmede literatuur te vinden die ik in mijn onderzoek verder niet zal behandelen. Hiervoor verwijs ik naar bijvoorbeeld. J.A.G. van der Geld, Hoofdzaken Vennootschapsbelasting, FED fiscale studieseries nr. 31, Kluwer, 11^e druk, 2015, paragraaf 5.3.2, 5.3.3., 5.3.4. en 5.4 en Cursus Belastingrecht, 2014, onderdeel Vpb. 2.0.4.A.b en 2.0.5.A.a.

⁵⁵⁵ Vergelijk ook het roemruchte Zweeds grootmoederarrest, HR 31 mei 1978, nr. 18230, BNB 1978/252.

zowel de inkomstenbelasting als vennootschapsbelasting toegevoegd die het begrip totale winst nader afbakenen. Bouwman geeft het mijns inziens kernachtig weer door te stellen dat het daarbij in hoofdzaak gaat om vrijstellingen, aftrekbeperkingen en bijzondere regimes die bij sommige belastingplichtigen worden gehanteerd voor het vaststellen van hun winst.⁵⁵⁶ Voor het bepalen van de totale winst geldt het nominalistische stelsel (ook wel euro-is-euro-stelsel genoemd) wat inhoudt dat fiscaal geen rekening wordt gehouden met inflatie of deflatie.

5.2.1.2 Jaarwinst en goed koopmansgebruik

5.2.1.2.1 Historische ontwikkeling en ratio

De voorloper van het begrip goed koopmansgebruik is voor het eerst terug te vinden in paragraaf 26 van de leidraad bij de wet op de belasting van bedrijfs- en andere inkomsten van 1893. Ten aanzien van afschrijvingen werd daar vermeld dat men "de gebruiken van een eerlijk, nauwgezet koopman" tot maatstaf dient te nemen. In 1914 in art. 10 Wet IB 1914 is voor het eerst het begrip goed koopmansgebruik opgenomen. Mijns inziens geeft Doornebal een kernachtige historische samenvatting voor wat betreft de wettelijke bepalingen inzake de jaarwinst en goed koopmansgebruik.⁵⁵⁷ Hij onderscheidt:

- de periode 1915-1940, waarin het jaarwinstbegrip alleen van belang is voor de heffing van de inkomstenbelasting en het begrip goed koopmansgebruik in principe alleen betekenis heeft voor de bepaling van de afschrijvingen.
- de periode 1941-1950, waarin het begrip goed koopmansgebruik verruimd werd tot de waardering van alle tot het begin - en eindvermogen behorende activa en passiva.
- de periode 1951-2015, waarin het begrip goed koopmansgebruik zich uitstrekt tot het gehele terrein van de jaarwinstbepaling, voor zover dit niet wordt beheerst door specifieke bepalingen.

Uit de in de loop der geschiedenis talloze jurisprudentie over goed koopmansgebruik is geen eenduidig, allesomvattend beeld te destilleren van alle beginselen die aan goed koopmansgebruik ten grondslag liggen.⁵⁵⁸ Wel is er uit de jurisprudentie een aantal kernbeginselen voor het bepalen van de fiscale winst af te leiden, namelijk het realiteitsbeginsel, realisatiebeginsel (waaronder het matchingbeginsel), het voorzichtigheidsbeginsel en het eenvoudsbeginisel.⁵⁵⁹ Hoewel er wettelijk of rechterlijk niet expliciet een hiërarchische rangorde tussen de beginselen is vastgesteld, ben ik het met Doornebal eens dat het realisatiebeginsel en het voorzichtigheidsbeginsel als de meest belangrijke beginselen van goedkoopmansgebruik zijn aan te merken.⁵⁶⁰

5.2.1.2.2 Huidige kenmerken

De verdeling van de totale winst geschiedt overeenkomstig art. 3.25 Wet IB 2001, waarin staat hoe jaarlijks de winst moet worden bepaald. In de betreffende bepaling staat dat "in een kalenderjaar genoten winst wordt bepaald volgens *goed koopmansgebruik*, met inachtneming van een bestendige

⁵⁵⁶ J.N. Bouwman, Honderd jaar cassatierechtspraak over totaalwinst in de inkomsten- en vennootschapsbelasting TFO 2016/144.1, paragraaf 2.

⁵⁵⁷ J. Doornebal, Honderd jaar cassatierechtspraak inzake jaarwinst in vogelvlucht, TFO 2016/144.2, paragraaf 2.3. Voor een historische uiteenzetting van goed koopmansgebruik zie ook bijvoorbeeld R.E.C.M. Niessen, Op zoek naar de oorsprong van goed koopmansgebruik, Verburgbundel (opstellen over vennootschap en belasting), Kluwer, 1994 en J.A. Fray, Goed koopmansgebruik, WFR 1955/4270.

⁵⁵⁸ In gelijke zin Geschriften van de Vereniging van Belastingwetenschap, Goed koopmansgebruik Qua Vadis? Nr. 254, Kluwer, 2015, blz. 11.

⁵⁵⁹ Voor een overzicht van de jurisprudentie inzake deze beginselen verwijs ik naar de omvangrijke literatuur hierover, waaronder J. Doornebal, Honderd jaar cassatierechtspraak inzake jaarwinst in vogelvlucht, TFO 2016/144.2.

⁵⁶⁰ Voor een andere visie zie T.M. Berkhout en J.M. van der Heijden, Fiscale padafhankelijkheid en hiërarchie tussen beginselen van goed koopmansgebruik, NTFR 2003/701, met een naschrift van J. Doornebal. Zie ook HR 28 januari 2011, nr. 10/00650, BNB 2011/85 (seniorenverlofvoorziening-arrest), waarin de Hoge Raad besliste dat een voorziening om eenvoudsredenen niet gevormd mocht worden.

gedragslijn die onafhankelijk is van de vermoedelijke uitkomst.”⁵⁶¹ De jaarwinst wordt dus mede bepaald op basis van het inzicht van de belastingplichtige en kent daarmee in tegenstelling tot het totaalwinstbegrip een subjectieve inslag. Er zijn twee methoden om de jaarlijkse winst te bepalen, namelijk i. volgens de winst en verliesrekening en ii. volgens de vermogensvergelijking. De berekening van de jaarwinst volgens de winst – en verliesrekening houdt in dat de winst wordt berekend door de op het jaar betrekking hebbende ondernemingsbaten en – lasten te salderen. Deze baten en lasten wordt vastgesteld aan de hand van goed koopmansgebruik. Bij de vermogensvergelijking wordt het fiscale vermogen van een lichaam aan het einde van het belastingjaar verminderd met het fiscale vermogen van het lichaam aan het begin van het belastingjaar. Kapitaalstortingen en kapitaalonttrekkingen in het desbetreffende jaar worden hier uitgehaald. Beide manieren van winstberekening leiden uiteindelijk tot hetzelfde resultaat.

De jaarwinst wordt vastgesteld aan de hand van goed koopmansgebruik. Zoals al reeds vermeld, zijn beide begrippen *niet* uitgewerkt in de wet. De Nederlandse wetgever heeft er bewust voor gekozen om de invulling van het begrip goed koopmansgebruik over te laten aan de praktijk en bij geschillen de rechter te laten beslissen wat goed koopmansgebruik is. Wel heeft de wetgever hierop wettelijke uitzonderingen gemaakt vanwege budgettaire of instrumentele redenen, bijvoorbeeld bij de Wet werken aan winst (inwerkingtreding 1 januari 2007).⁵⁶²

Kort samenvattend, betekent dit mijns inziens dat in Nederland ten aanzien van de invulling van het fiscale winstbegrip in principe een zogenoemd “principle-based systeem” van toepassing is. Daarmee bedoel ik dat de wetgever voor een groot deel een open norm hanteert, daarmee gekozen heeft voor een rechterlijke invulling van het fiscale winstbegrip en dat de rechter het fiscale winstbegrip aan de hand van beginselen heeft ingevuld.

5.2.2 Verhouding tot het commerciële winstbegrip

5.2.2.1 Ontwikkeling commerciële winstbepaling

De commerciële⁵⁶³ jaarrekening wordt volgens art. 2:362 lid 1 BW opgesteld volgens normen die in het maatschappelijke verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd (art. 2:362, eerste lid, BW).⁵⁶⁴ De normen zijn nader uitgewerkt in de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving (RJ). Naast de RJ kennen we ook de door de International Accounting Standards Board (IASB) opgestelde International Accounting Standards (IAS) en International Financial Reporting Standards (IFRS). Sinds 1 januari 2005 moeten de IAS/IFRS verplicht worden toegepast bij de geconsolideerde jaarrekening van beursgenoteerde ondernemingen. Andere ondernemingen kunnen de IFRS naar keuze toepassen.⁵⁶⁵

De commerciële winstbepaling kenmerkt zich van oudsher door een zogenoemde Angelsaksische aanpak. Dit houdt in dat de externe verslaggeving georiënteerd is op aandeelhouders, met andere

⁵⁶¹ Voor een uitgebreide uiteenzetting van het begrip jaarwinst en goed koopmansgebruik verwijs ik o.a. naar A.O. Lubbers, Goed koopmansgebruik, Fiscale Geschriften nr. 19, SDU, 2017. Geschriften van de Vereniging van Belastingwetenschap, de toekomst van gkg na invoering van IFRS in 2005, nr. 224, Kluwer, 2005, R.P.C. Cornelisse/J.W. Zwemmer/D. Brüll, goed koopmansgebruik, FED Fiscale Brochures, Kluwer, 2012 en Geschriften van de Vereniging van Belastingwetenschap, Goed koopmansgebruik Qua Vadis? Nr. 254 Kluwer, 2015.

⁵⁶² De afschrijving op gebouwen, goodwill en overige bedrijfsmiddelen werd beperkt en de regels omtrent waardering van onder handen werk aangepast. Voor een uiteenzetting zie bijvoorbeeld Q.W.J.C.H. Kok, De wet VPB 2007, Fiscaal Actueel 1, Kluwer, 2006, hoofdstuk 3.

⁵⁶³ In dit hoofdstuk zal ik steeds de term “commerciële jaarrekening” of “commercieel winstbegrip” hanteren. In de literatuur wordt ook wel de term “vennootschappelijke jaarrekening of winst” gehanteerd, of alleen “jaarrekening”.

⁵⁶⁴ Volgens Van Hoepen is de term “maatschappelijk aanvaardbare normen” bewust gekozen, omdat het begrip “goed koopmansgebruik” al een eigen fiscale betekenis had. M.A. van Hoepen, “Goed koopmansgebruik en IFRS”, MBB 2007/9, paragraaf 4.

⁵⁶⁵ Zie hieromtrent ook C. Bruijsten, De toekomst van het fiscale winstbegrip, WFR 2009/823, paragraaf 2.2.1.

woorden: het gaat vooral om het verstrekken van informatie aan de kapitaalmarkt op basis van de economische werkelijkheid ("true and fair view", oftewel getrouw beeld van de jaarrekening). Van oudsher was er in deze landen die het Angelsaksische model hanteerden geen sprake van een strikte koppeling van de fiscale aan de commerciële winstbepaling.⁵⁶⁶ Essers geeft aan dat Nederland zich binnen de Angelsaksische benadering altijd sterk onderscheiden heeft door een sterke koppeling van de verslaggeving aan de bedrijfseconomeer, veroorzaakt door de sterke invloed van bedrijfseconomen als Meij, Limperg en Van der Schroeff.⁵⁶⁷ Sinds de jaren zeventig is er een steeds verdergaande invloed van Europa waar te nemen op de regels voor commerciële winstbepaling. Volgens Essers het kernachtig samen door te stellen dat door de invloed van "Europa" (de Vierde en Zevende Richtlijn, de IAS-verordening), de invloed van het IASB en van een actieve Ondernemingskamer de financiële verslaggeving grondig is veranderd en er sprake is van een toenemende codificatie van regels, toenemende invloed van de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving en invloed van IAS/IFRS en afnemende invloed van de bedrijfseconomie.⁵⁶⁸

5.2.2.2 Ontwikkeling fiscale winstbepaling ten opzichte van commerciële winstbepaling

In Nederland heeft zowel de commerciële als de fiscale winstbepaling een eigen positie verworven en beide hebben zich onafhankelijk van elkaar ontwikkeld. De fiscale winstbepaling heeft oorspronkelijk weinig invloed ondervonden van de commerciële winstbepaling.⁵⁶⁹ Dat kwam doordat de eerste belastingheffing van lichamen (tot 1940), uitdelingsbelastingen waren, waarbij de winst niet werd belast op het moment dat zij werd behaald, maar eerst op het moment dat zij werd uitgedeeld. Daarnaast paste de Angelsaksische benadering van de commerciële winstbepaling niet bij de fiscale winstbepaling. Een autonome fiscale winstbepaling, waarbij voorzichtigheid één van de kernpunten is, werd meer in overeenstemming geacht met de bescherming van de belangen van de belastingbetaler. Hiermee samenhangend, kan gesteld worden dat in Nederland de fiscale winstbepaling van oudsher een ander doel heeft dan de commerciële winstbepaling. Daar waar laatstgenoemde - zoals reeds aangegeven - primair gericht is op het verschaffen van inzicht in de economische prestaties en economische posities van de onderneming, is de fiscale winstbepaling in de eerste plaats bedoeld om de fiscale jaarwinst en de daarmee verschuldigde belasting te bepalen en aan de Belastingdienst te kunnen rapporteren.

Zowel de commerciële als fiscale winstbepaling hebben gemeen dat zij beide de leer van de bedrijfseconomie als uitgangspunt nemen voor de winstberekening.⁵⁷⁰ De Hoge Raad bepaalde dat wat betreft de fiscale winstbepaling expliciet in het kernarrest BNB 1957/208⁵⁷¹ en besliste dat een stelsel van jaarlijkse winstberekening voor de belastingheffing in de regel als strokend met goed koopmansgebruik behoort te worden aanvaard, indien dat stelsel is gegrond op hetgeen de bedrijfseconomie omtrent de juiste wijze van winstbepaling leert. De Hoge Raad gaf hierbij wel aan dat deze regel uitzondering moet lijden niet alleen ingeval het volgen van het bedrijfseconomische inzicht tot strijd met enig voorschrift der belastingheffing zou voeren, maar evenzeer indien daardoor "aan den algemenen opzet of een beginsel van de belastingwet om welker toepassing het

⁵⁶⁶ Dat in tegenstelling tot landen, zoals Duitsland, waar de commerciële winstbepaling wordt gekenmerkt door een continentale aanpak. Zie hoofdstuk 5.3.2.

⁵⁶⁷ Geschriften van de Vereniging van Belastingwetenschap, Goed koopmansgebruik Qua Vadis? Nr. 254, Kluwer, 2015, paragraaf 2.1.

⁵⁶⁸ Geschriften van de Vereniging van Belastingwetenschap, Goed koopmansgebruik Qua Vadis? Nr. 254, Kluwer, 2015, paragraaf 2.4.

⁵⁶⁹ Alleen in de inmiddels afgeschafte thincapregeling (art.10d Wet VPB 1969) werd er op een aantal plaatsen rechtstreeks verwezen naar bepalingen uit het jaarrekeningrecht. Het jaarrekeningrecht zou wel een indirecte invloed op de vennootschapsbelasting kunnen hebben gehad. Als voorbeeld kan genoemd worden het sinds 1 januari 2007 ingevoerde voortschrijdend winst nemen bij onderhanden werk (althoewel deze methode onder IAS 11 commercieel slechts onder strikte voorwaarden geldt) en het Cacaobonen-arrest. Zie hieromtrent ook W. Nijssen, Invloeden op de vennootschapsbelasting, WFR 2012/63, paragraaf 4.

⁵⁷⁰ Zie omtrent de verhouding tussen het commerciële en fiscale winstbegrip de parlementaire passages bij de Wet IB 1964, Kamerstukken II 1958-1959, 5380, nr. 3, blz. 20.

⁵⁷¹ HR 8 mei 1957, nr. 12931, BNB 1957/208. Dat dit arrest nog steeds bepalend is, werd bijvoorbeeld bevestigd door de Hoge Raad in HR 10 juli 2015, 14/03102, BNB 2015/180, r.o. 2.4.3.

gaat te kort zou worden gedaan". Verburg spreekt van een gelukkige formulering waaruit een tweesporenbeleid blijkt; bedrijfseconomische inzichten worden, zo nodig, door wetgeving (en rechtspraak) gecorrigeerd.⁵⁷²

In de praktijk is het niet ongebruikelijk dat basisgegevens en de waardering en winstneming volgens de commerciële jaarrekening in veel gevallen ook worden overgenomen in de fiscale winstbepaling en dat er bij het opstellen van de fiscale cijfers in eerste instantie wordt aangesloten bij de commerciële cijfers. De opkomst van het in hoofdstuk 2.10.2 beschreven horizontaal toezicht heeft er toe geleid dat de commerciële jaarrekening meer invloed zou kunnen hebben op de toezichtstrategie van de Belastingdienst (met name in het geval er een Tax Control Framework aanwezig is). Volgens Russo wil de Belastingdienst graag steunen op hetgeen in de onderneming en bij externe partijen reeds aanwezig is (hij wijst op het risicomanagementsysteem en het werk van de controlerende accountant).⁵⁷³

5.2.3 Discussiepunten Nederlandse invulling van gkg en aansluiting commerciële winstbegrip

Hofstra gaf reeds in 1940 aan dat wat winst is, niemand in een algemene formule kan zeggen.⁵⁷⁴ Menig fiscaal auteur heeft het toch geprobeerd, of er een mening over gegeven, want er is ontelbaar veel literatuur te vinden waarin (de invulling van) totaalwinst, jaarwinst, goed koopmansgebruik en de aansluiting bij de bedrijfseconomische winst wordt bediscussieerd.⁵⁷⁵ Uit een analyse van wet, parlementaire stukken, jurisprudentie en literatuur komt het mij voor dat er op hoofdlijnen een tweetal discussiepunten rondom het fiscale winstbegrip de boventoon voert:

- Zou ten aanzien van het fiscale winstbegrip een meer "rule-based principe"⁵⁷⁶ of een meer "principle-based principe"⁵⁷⁷ moeten worden gehanteerd?
- Zou ten aanzien van het fiscale winstbegrip meer aansluiting gezocht moeten worden bij de invulling van het commerciële winstbegrip?

Deze discussiepunten zal ik hieronder nader uitwerken en toetsen aan mijn in hoofdstuk 1.3.2.4 besproken toetsingskader, namelijk aan de i. fiscaal-beleidsanalytische toets, ii. fiscaal-juridische toets, iii. fiscaal-wetstechnische toets en iv. internationale/Europese fiscale ontwikkelingentoets.

5.2.3.1 Invulling van goed koopmansgebruik; "rule-based" versus "principle-based"

Het voornaamste kritiekpunt tegen de gehanteerde open norm omtrent het fiscale winstbegrip (goed koopmansgebruik) is de rechtsonzekerheid die het teweeg brengt. Zo is bijvoorbeeld nog steeds onduidelijk hoe de beginselen van goed koopmansgebruik zich tot elkaar verhouden en of er onderling sprake is van een zekere mate van hiërarchie.⁵⁷⁸ De gehanteerde open norm, de principle-

⁵⁷² J. Verburg, Vennootschapsbelasting, Fiscale Handboeken nr. 4, 2000, paragraaf 7.3.

⁵⁷³ R. Russo, Commerciële jaarrekening en fiscale jaarrekening: altijd apart of (soms) samen? Rijkersbundel 2013, hoofdstuk 24, blz. 319-321.

⁵⁷⁴ H.J. Hofstra, Bedrijfsbalans en belastingbalans, Weekblad der Belastingen 1940, nr. 3533, blz. 110.

⁵⁷⁵ De meest recente stukken over deze thema's zijn de door Vereniging voor belastingwetenschap gepubliceerde geschriften "totaalwinst" en "goed koopmansgebruik Qua vadis" nr. 253 en nr. 254. Voor een bespreking van beide rapporten zie L.J.A. Pieterse, Het winstbegrip, een exegese in tweevoud, WFR 2015/1257. Het is niet de insteek van mijn onderzoek om hetgeen in deze rapporten naar voren komt nog een keer te herhalen. De bedoeling is om te kijken hoe Duitsland omgaat met de door mij geformuleerde discussiepunten over de Nederlandse invulling van het fiscale winstbegrip.

⁵⁷⁶ Daarmee bedoel ik het door de wetgever vastleggen van fiscale winstbepalingsregels, of anders geformuleerd wettelijke vastlegging van de beginselen of regels van goed koopmansgebruik.

⁵⁷⁷ Ik versta onder principle-based een wetgever die een open norm hanteert, gekozen heeft voor een rechtelijke invulling van het fiscale winstbegrip en een rechter die het fiscale winstbegrip aan de hand van beginselen heeft ingevuld (zie hoofdstuk 5.2.1.2).

⁵⁷⁸ Zie hieromtrent T.M. Berkhout en J.M. van der Heijden, Fiscale padafhankelijkheid en hiërarchie tussen beginselen van goed koopmansgebruik, NTFR 2003/701, met een naschrift van J. Doornebal.

based benadering van de Nederlands wetgever, zou er dus toe kunnen leiden dat er in mindere mate is voldaan aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader.

Volgens Van Dijck vloeit het gebruik van open normen voort uit onmacht of gemakzucht van de wetgever.⁵⁷⁹ Van Lint wijst ook op de nadelen van het gebruik van open normen en vraagt zich onder meer af of het staatsrechtelijk wel juist is dat de wetgever de rechter dwingt op de stoel van de wetgever plaats te nemen.⁵⁸⁰ Eenzelfde mening is Hertogs toegedaan die een vurig pleidooi houdt voor rule-based wetgeving.⁵⁸¹ Anderson wijst er op dat het introduceren van open normen in fiscale wetgeving op gespannen voet staat met principes als rechtsgelijkheid en rechtszekerheid. De positie van de inspecteur zou te zeer versterkt worden en uiteindelijk leiden tot meer conflicten tussen de belastingplichtige en de inspecteur. Daarnaast bestaat volgens hem het gevaar, dat open normen alsnog worden ingevuld door zeer gedetailleerde (pseudo)regelgeving, met juist meer regels tot gevolg. Anderson merkt ook op dat het gebruik van open normen binnen de belastingwetgeving de mogelijkheid om tot automatisering over te gaan, bemoeilijkt.⁵⁸²

Daartegenover wordt vaak als voordeel van een open norm en rechterlijke invulling het dynamische karakter genoemd en het daardoor makkelijker mee kunnen bewegen met de maatschappelijke ontwikkelingen. Het argument dat de open norm tot meer rechtsonzekerheid leidt, pareert Bruijsten door te wijzen op de inmiddels omvangrijke jurisprudentie waardoor het begrip goed koopmansgebruik in de loop der tijd is uitgekristalliseerd en de rechtsontwikkeling momenteel voornamelijk nog op detailniveau binnen de kaders van de kernbeginselen van goed koopmansgebruik ziet. Bruijsten wijst er ook op dat een mogelijk bezwaar tegen de huidige invulling van goed koopmansgebruik zou kunnen zijn dat de rechterlijke macht niet democratisch is gekozen. Hij overweegt daarbij echter dat de rechter wel recht spreekt op basis van belastingwetten die democratisch tot stand zijn gekomen en dat goed koopmansgebruik zelf door de wetgever is geïntroduceerd en de rechter doelbewust een "mandaat" heeft gegeven om het begrip nader in te vullen.⁵⁸³ Berkhout is groot voorstander van een principle-based benadering. Hij pleit voor open normen onder meer omdat wet en regelgeving nooit alles dicht kunnen regelen.⁵⁸⁴

Over de manier waarop de Hoge Raad is omgegaan met de *invulling* van de open norm wordt verschillend gedacht. Albert geeft (op hoofdlijnen) aan dat de Hoge Raad er in geslaagd is tot een evenwichtige en in de praktijk goed werkbare invulling van het begrip goed koopmansgebruik te komen.⁵⁸⁵ Cornelisse en Bruins Slot wijzen er (meer op detailniveau ten aanzien van de vorming van een voorziening) op dat de gekozen weg van de Hoge Raad niet altijd heeft geleid tot een goede en consistente oplossing en dat het begrip goed koopmansgebruik niet kan worden gezien als een exponent van rust en stabiliteit.⁵⁸⁶

Het feit dat de wetgever om budgettaire of instrumentele redenen heeft ingegrepen en alsnog elementen van goed koopmansgebruik wettelijk vastlegt doet volgens Essers afbreuk aan de oorspronkelijke gedachte om de rechter invulling te laten geven aan goed koopmansgebruik.⁵⁸⁷ De Graaf vraagt zich – gezien bijvoorbeeld de wettelijke beperking van afschrijving van gebouwen en wettelijke herinvesteringsbepalingen – af of de oorspronkelijke gedachte überhaupt nog wel de norm is.⁵⁸⁸

⁵⁷⁹ J.E.A.M. van Dijck, In dubio contra fiscum, WFR 2009/1569.

⁵⁸⁰ A.J. van Lint, Wie betaalt de rekening van open normen? NTFR 2012/151.

⁵⁸¹ H. Hertoghs, No substance without form, WFR 2014/775.

⁵⁸² R.J. Anderson, Open normen in de fiscale wetgeving, WFR 2018/15. Zie de in zijn voetnoot 7 en 8 aangehaalde literatuur.

⁵⁸³ C. Bruijsten, De toekomst van het fiscale winstbegrip, WFR 2009/823, paragraaf 3.1.3 en 3.1.5.

⁵⁸⁴ T.M. Berkhout, Wetgevers en rechters; creëer en koester open normen! NTFR 2012/723.

⁵⁸⁵ P.G.H. Albert, Honderd jaar goed koopmansgebruik (jaarwinstbepaling), NTFR 2015/1020, paragraaf 7.

⁵⁸⁶ L.J.A. Pieterse, Het winstbegrip, een exegese in tweevoud, WFR 2015/1257.

⁵⁸⁷ P.H.J. Essers, Goed koopmansgebruik, Quo Vadis? TFO 2003/151.

⁵⁸⁸ M. de Graaf, Goed koopmansgebruik, reserves en codificeren, column taxlive, 11 november 2015.

Essers is een voorstander van het vastleggen van de hoofdlijnen van het goed koopmansgebruik in de wet en het afsluiten van convenanten tussen bepaalde groepen belastingplichtigen en de Belastingdienst. Naar zijn mening is de ontwikkeling van het goed koopmansgebruik sterk achtergebleven bij de ontwikkelingen van de commerciële verslaggeving. Juist om deze reden zou codificatie en het sluiten van convenanten gewenst zijn. Hij vindt het tijd voor een interactief dynamisch fiscaal jaarwinstbegrip, waarbij de hoofdlijnen van goed koopmansgebruik worden gecodificeerd.⁵⁸⁹ Codificatie zou op verschillende manieren kunnen geschieden. Lubbers geeft het mijns inziens kernachtig weer en onderscheidt daarbij dat codificatie zou kunnen worden vormgegeven door het wettelijke vastleggen van de *beginselen* van goed koopmansgebruik, of het wettelijke vastleggen van de *hoofdregels* van het goed koopmansgebruik eventueel nog aangevuld met meer gedetailleerde regels in uitvoeringsregelingen, of door vastlegging van specifieke onderwerpen in convenanten die worden gesloten tussen groepen belastingplichtigen en de fiscus.⁵⁹⁰ Jansen daarentegen is van mening dat het op hoofdlijnen codificeren van goed koopmansgebruik niet zoveel meer zekerheid zou bieden dan thans het geval is. Hij wijst ook op het gevaar dat – wanneer tot codificatie wordt overgegaan – we zouden afglijden naar een oerwoud van regels.⁵⁹¹ De staatssecretaris van Financiën heeft de suggestie van Essers om de hoofdbeginselen van goed koopmansgebruik in de wet op te nemen in combinatie met het sluiten van convenanten met het bedrijfsleven afgewezen.⁵⁹² Lubbers concludeert hieruit dat niet valt te verwachten dat er voor aanzienlijk meer deelgebieden van goed koopmansgebruik op korte termijn convenanten zullen worden gesloten en dat de rechter mitsdien de drijvende kracht achter de ontwikkeling van goed koopmansgebruik zal blijven.⁵⁹³

Tot slot is het mijns inziens interessant om te zien hoe het fiscale winstbegrip is ingevuld in de C(C)CTB.⁵⁹⁴ In art. 6 CCTB-voorstel zijn algemene beginselen voor de berekening van de heffingsgrondslag neergelegd. Wat daarbij opvalt is dat het realisatiebeginsel expliciet wettelijk is vastgelegd en als leidend beginsel geldt. Opvallend is overigens ook dat het voorzichtigheidsbeginsel en eenvoudsbeginsel ontbreken. Daarnaast is expliciet wettelijk vastgelegd dat in beginsel iedere transactie of belastbaar feit afzonderlijk moet worden gewaardeerd⁵⁹⁵ en dat de jaarwinst volgens een bestendige gedragslijn moet worden bepaald. Vervolgens is er, in andere wettelijk bepalingen, nadere invulling gegeven aan het winstbegrip. Zo schrijft art. 21 CCTB-voorstel voor dat waardering van financiële activa en verplichtingen die worden aangehouden voor handelsdoeleinden gewaardeerd moeten worden op marktwaarde en staat er in art. 22 CCTB-voorstel een bepaling over voortschrijdende winstneming.⁵⁹⁶ Al met al kan mijns inziens worden geconcludeerd dat het CCTB-voorstel afwijkt van de Nederlandse benadering van de wetgever om de invulling van het fiscale winstbegrip in beginsel over te laten aan de rechter. Dit valt onder de internationale en Europese fiscale ontwikkelingentoets uit mijn toetsingskader: loopt Nederland niet te veel uit de pas bij internationale ontwikkelingen zoals de C(C)CTB?

Bovenstaande overwegende, denk ik dat de huidige praktijk redelijk goed uit de voeten kan met het door de Hoge Raad ingevulde goedkoopmansgebruik. Toch ben ik van mening dat de Nederlandse wetgever zelf voor meer wettelijke regels zou moeten zorgen ten aanzien van de invulling van het

⁵⁸⁹ Geschriften van de Vereniging van Belastingwetenschap, De toekomst van gkg na invoering van IFRS in 2005, nr. 224, Kluwer, 2005, o.a. paragraaf 5.7.

⁵⁹⁰ A.O. Lubbers, Goed koopmansgebruik, Fiscale Geschriften nr. 19, SDU, 2005, paragraaf 12.2.

⁵⁹¹ J.J.M. Jansen, Is codificatie van goed koopmansgebruik gewenst? WFR 2005/6630.

⁵⁹² Schriftelijke antwoorden van de staatssecretaris van Financiën op vragen gesteld in de eerste termijn van de behandeling van de wetsvoorstellen Belastingplan 2004 (Kamerstuk 29 210).

⁵⁹³ A.O. Lubbers, Goed koopmansgebruik, Fiscale Geschriften nr. 19, SDU, 2005, paragraaf 12.2.

⁵⁹⁴ Voor een uiteenzetting zie ook P.H.J. Essers, Het winstbegrip in het CCTB-voorstel als mogelijk baken voor een toekomstig EU fiscaal winstbegrip, TFO 2017/150.3.

⁵⁹⁵ In geval van hedging wordt een uitzondering gemaakt (art. 26 CCTB-voorstel). Vergelijk in dit kader ook de jurisprudentie van de Hoge Raad omtrent de samenhangende waardering in het valuta-arrest (BNB 2004/214), optie-arrest (BNB 2008/26), cacao bonen-arrest (BNB 2009/271) en marketmakerarrest (BNB 2014/116).

⁵⁹⁶ Zie ook R. Russo, Een aantal specifieke winstbepalingen in het CCTB-voorstel nader bezien, WFR 2017/65.

fiscale winstbegrip. Ik vind het een zodanig belangrijk leerstuk dat de invulling niet overgelaten zou moeten worden aan de rechter. Een wettelijke invulling doet mijns inziens meer recht aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader (meer rechtszekerheid en rechtsgelijkheid voor belastingplichtigen). Ook ben ik van mening dat er dan beter recht gedaan wordt aan de subsidiariteitseis (onderdeel van de fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader). Daarnaast voorkomt het wettelijk vastleggen van de hoofdlijnen van goedkoopmansgebruik mijns inziens al te opportunistisch gedrag (gelegenheidsingrepen) van de wetgever om louter budgettaire redenen, of onwelgevallige arresten. Een ander voordeel is dat belastingplichtigen niet langer gedwongen worden de omvangrijke jurisprudentie van de Hoge Raad te bestuderen om het recht te kennen, maar dat zij zich in principe kunnen beperken tot het lezen van één wettelijke bepaling.⁵⁹⁷ Wat betreft de vraag welke regels dan wettelijk vastgelegd zouden moeten worden, merk ik op dat de wetgever bijvoorbeeld de invulling van het winstbegrip in de C(C)CTB als uitgangspunt zou kunnen nemen en het realisatiebeginsel als leidend beginsel zou kunnen aanmerken. Voor die gevallen waarbij het niet wenselijk is dat het realisatiebeginsel leidend is, zouden bepalingen gebaseerd op het voorzichtigheidsbeginsel⁵⁹⁸ en vervolgens het eenvoudsbeginself voorgeschreven kunnen worden. Het invoeren van wettelijke regels betekent mijns inziens overigens niet per definitie een verbetering van het recht. Uiteraard zal veel afhangen van hoe de wettelijke regels worden geformuleerd, waarbij de fiscaal-beleidsanalytische toets (uitvoerbaarheid, handhaafbaarheid) en de fiscaal-wetstechnische toets (eenvoud/duidelijkheid/toegankelijkheid) nadrukkelijk in ogenschouw moeten worden genomen.

5.2.3.2 *Aansluiting bij de commerciële winstbepaling*

De Hoge Raad besliste in het in paragraaf 5.2.2 besproken arrest BNB 1957/208 dat de bedrijfseconomie ten grondslag ligt aan de invulling van het fiscale winstbegrip, tenzij dit in strijd komt met een belastingwet.

Volgens Visser heeft dit voorbehoud gezorgd voor een enorme hoeveelheid discussies in de literatuur, discussies tussen inspecteur en belastingplichtige en een berg aan jurisprudentie. De doorontwikkeling van een eigen fiscaal jaarwinstbegrip is hem een doorn in het oog en hij pleit voor een systeem waarin de fiscale jaarwinst wordt bepaald op basis van de regels van het toepasselijke jaarrekeningenrecht. Dit zou zijns inziens leiden tot een substantiële vermindering van de administratieve lasten en maatschappelijke efficiëntie verhogen (nog maar één toezichthouder nodig). Om tegemoet te komen aan de zorg dat niet gerealiseerde winsten mogelijk worden belast (en een probleem kan ontstaan dat een vennootschap niet de liquide middelen heeft om de belastingschuld te betalen) kan volgens hem overwogen worden één uitzondering toe te staan op de regel dat de fiscale jaarwinst de commerciële jaarwinst volgt, namelijk de vorming van een fiscale reserve ongerealiseerd winst.⁵⁹⁹

Doornebal is het niet eens met Visser en wijst op het feit dat de commerciële en fiscale winstbepaling van oudsher verschillende doeleinden dienen. Dit brengt volgens hem met zich mee dat het realisatie- en voorzichtigheidsbeginsel bij de fiscale winstbepaling een groter gewicht verdienen dan bij de commerciële winstbepaling.⁶⁰⁰ Daarnaast geeft hij aan dat de fiscale wetgeving regels bevat die bij de commerciële winstbepaling niet worden gevolgd en dat de juridische realiteit bij de commerciële winstbepaling soms zozeer wordt overruled door de economische realiteit dat dit vanuit fiscaal oogpunt niet acceptabel is. Tot slot lijkt hem een accountant die toezicht houdt op de naleving van de fiscale verplichtingen volstrekt ongewenst.

Meussen is om diverse redenen zeer sceptisch over de toepassing van de IAS-jaarrekeningenstandaard ten behoeve van de fiscale winstbepaling.⁶⁰¹ Ook Bruijsten heeft de nodige

⁵⁹⁷ In gelijke zin A.O. Lubbers, Goed koopmansgebruik, Fiscale Geschriften nr. 19, SDU, 2005, paragraaf 12.2.

⁵⁹⁸ Vergelijk bijvoorbeeld het CCTB-voorstel waarin specifieke bepalingen het mogelijk maken verliezen in aanmerking te nemen die zijn geleden vóór realisatie (bijv. voorzieningen, aftrek oninbare vorderingen, waardeverminderingen).

⁵⁹⁹ E. Visser, Is een eigen fiscale jaarwinstbepaling nog van deze tijd? WFR 2015/1477.

⁶⁰⁰ J. Doornebal, Een eigen fiscale jaarwinstbepaling is nog steeds noodzakelijk, WFR 2015/1477.

⁶⁰¹ G.T.K. Meussen, Het fiscale winstbegrip in Europees perspectief, MBB 2004/10, paragraaf 6.

bedenkingen en wijst bijvoorbeeld expliciet op de inbreuk op het liquiditeitsbeginsel als gekozen zou worden voor een aansluiting van het fiscale winstbegrip bij de RJ of IFRS.⁶⁰²

De commissie GKG en IFRS⁶⁰³ concludeert dat IFRS een belangrijke inspiratiebron kan zijn voor goed koopmansgebruik en merkt verder op dat – gelet op de verschillende doelstelling van de IFRS en goed koopmansgebruik⁶⁰⁴ – altijd een vertaalslag nodig zal zijn om aansluiting te bewerkstelligen tussen IFRS en goed koopmansgebruik. Essers merkte al eerder op dat het voor de hand ligt dat er voor elementen van de fiscale winstbepaling in de toekomst steeds meer naar winstbepaling in de jaarrekening zou moeten worden gekeken, dat die kan dienen als inspiratiebron. Van de verworvenheden en evoluties in het jaarrekeningenrecht is volgens hem niet of nauwelijks door het belastingrecht geprofiteerd.⁶⁰⁵ Essers is tevens voorstander van een “Raad voor de fiscale winstbepaling”. In deze raad zou overleg en discussie moeten plaatsvinden tussen meerdere stakeholders (vertegenwoordigers van de Belastingdienst, de wetenschap, het bedrijfsleven en de fiscale adviespraktijk en accountants), resulterende in de totstandkoming van richtlijnen en convenanten⁶⁰⁶ met betrekking tot onderdelen van de fiscale jaarwinstbepaling die voor de praktijk als leidraad kunnen dienen.⁶⁰⁷ Essers heeft zijn pleidooi kracht bijgezet door op diverse arresten van de Hoge Raad te wijzen over de reikwijdte van goed koopmansgebruik, die in combinatie met de uitleg door de Hoge Raad van een aantal specifieke bepalingen in de fiscale winstfeer zorgen voor onevenwichtigheden. Hij wijst er op dat het de vraag is of de Hoge Raad al deze gevolgen in samenhang heeft voorzien toen hij de arresten wees. Dit lijkt hem bij uitstek een vraagstuk dat zou moeten worden voorgelegd aan een Raad voor fiscale Winstbepaling.⁶⁰⁸

Tot slot is het mijns inziens interessant om te zien hoe het fiscale winstbegrip in de C(C)CTB zich verhoudt tot IAS/IFRS. Opvallend is dat het CCTB-voorstel uitgaat van een eigen zelfstandig winstbegrip. Er vindt geen verwijzing plaats naar nationale, internationale of Europese financiële verslaglegging voorschriften. Formeel gezien is dus gekozen voor een winstbepalingstelsel waarin geen enkele relatie bestaat tussen de fiscale en commerciële winstregels. Uit bestudering van de verschillende bepalingen in het CCTB-voorstel blijkt echter dat er wel degelijk overeenkomsten zijn aan te geven tussen de winstgrondslag in het CCTB-voorstel en IAS/IFRS.⁶⁰⁹ Een belangrijk verschil is dat in het CCTB-voorstel nadrukkelijk niet is gekozen voor het *fair value accounting* als algemeen leidend beginsel, maar voor het realisatiebeginsel.

⁶⁰² Kort gezegd bedoelt hij daarmee dat een ondernemer alleen kan worden geacht belasting te betalen over ondernemingswinst indien en zodra de ondernemingsactiviteiten daadwerkelijk de voor de belastingbetaling noodzakelijke middelen opleveren. C. Bruijsten, De toekomst van het fiscale winstbegrip, WFR 2009/823, paragraaf 3.4.3.

⁶⁰³ Geschriften van de Vereniging van Belastingwetenschap, De toekomst van gkg na invoering van IFRS in 2005, nr. 224, Kluwer, 2005. In gelijke zin Geschriften van de Vereniging van Belastingwetenschap, Goed koopmansgebruik Qua Vadis? Nr. 254, Kluwer, 2015, blz. 312.

⁶⁰⁴ Anders dan bij de fiscale winstbepaling ligt de nadruk bij IFRS op aan de aandeelhouders gerichte “performance-reporting”, het bieden van marktwaarde-informatie.

⁶⁰⁵ P.H.J. Essers, De toekomst van Goed koopmansgebruik na de invoering van International Financial Reporting Standards in 2005 (Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 224), paragraaf 2.5, Kluwer 2005.

⁶⁰⁶ Ik onderken dat het risico van convenanten is dat lobbygroepen van bedrijven (nog meer) invloed krijgen op het fiscale stelsel en dat er discussie kan zijn over de democratische legitimatie van een Raad voor de fiscale winstbepaling. Zie over mogelijke politieke invloeden op een winstbelastingstelsel ook hoofdstuk 2.6. Ik werk dit echter niet verder uit.

⁶⁰⁷ Geschriften van de Vereniging van Belastingwetenschap, de toekomst van gkg na invoering van IFRS in 2005, nr. 224, Kluwer, 2005, blz. 25 e.v.

⁶⁰⁸ P.H.J. Essers, Jaarwinst jurisprudentie leidt tot BEPS-achtige situaties, NTFR 2015/2752.

⁶⁰⁹ Zie voor een uiteenzetting van de overeenkomsten en verschillen tussen het fiscale winstbegrip in het CCTB-voorstel en IAS/IFRS bepalingen P.H.J. Essers, Het winstbegrip in het CCTB-voorstel als mogelijk baken voor een toekomstig EU fiscaal winstbegrip, TFO 2017/150.3.

De discussie of de fiscale winstbepaling meer zou moeten aansluiten bij de commerciële winstbepaling gaat mijns inziens met name over de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader. Onder deze toets valt mijns inziens ook de onderlinge afstemming van regels binnen een rechtsstelsel (kwaliteitseis onderlinge samenhang). Voor het vaststellen van de winst (een en dezelfde gedraging) geldt vanuit een verschillende invalshoek (commercieel versus fiscaal) een andere benadering die soms haaks op elkaar staat.

Ik ben van mening dat een uniform (EU) winstbegrip de toekomst heeft. Een lichaam moet *de winst* vaststellen. Niet alleen vanuit het hierboven aangehaalde fiscaal-juridische perspectief lijkt mij dat aanbevelenswaardig, maar ook vanuit een fiscaal-beleidsanalytische perspectief (uitvoerbaarheid/handhaafbaarheid) en uit een fiscaal-wetstechnische perspectief (eenvoud-overwegingen). Daarnaast zou het ook passen bij de internationale en Europese fiscale ontwikkelingen. Mij spreekt de zienswijze van Visser aan dat de commerciële jaarrekening als uitgangspunt wordt genomen. Mijns inziens kan de wetgever, indien nodig, zorgen voor wettelijke fiscale uitzonderingen. De vorming van een reserve ongerealiseerde winst zou er bijvoorbeeld voor kunnen zorgen dat recht gedaan wordt aan het liquiditeitsbeginsel. Overigens geldt er bij het op fair value geënte IFRS ook dat slechts in een paar gevallen echt sprake is van directe winstneming, door het bestaan van de categorie "other comprehensive income" (dit houdt in dat de hoge waardering wel tot een toename van het vermogen leidt, maar niet tot commerciële en daarmee fiscale winstneming).⁶¹⁰ Tot slot wijs ik er op dat de aansluiting commercieel – fiscaal ook goed past bij de in hoofdstuk 5.2.2.2 beschreven ontwikkeling dat de commerciële jaarrekening, in het kader van horizontaal toezicht, voor zowel de belastingplichtige als de Belastingdienst belangrijker is geworden.

Wel moet mijns inziens kritisch gekeken worden *welke* commerciële winstberekeningsregels in aanmerking worden genomen. IFRS is Angelsaksisch en sterk gericht op de aandeelhouders. Bij een uniform winstbegrip zou mijns inziens beter een winstberekening passen die gebaseerd is op *going concern*.⁶¹¹ Daarnaast spreekt mij het voorstel van Essers aan dat er een "Raad winstbepaling" zou moeten komen. In deze raad zou overleg en discussie moeten plaatsvinden tussen meerdere stakeholders resulterende in de totstandkoming van regels omtrent de winstbepaling.

In het resterende gedeelte van dit hoofdstuk onderzoek ik hoe Duitsland het fiscale winstbegrip heeft ingevuld en hoe dat begrip zich aldaar verhoudt ten opzichte van het commerciële winstbegrip.

5.3 Duitsland

5.3.1 Object van heffing

De bepalingen omtrent het object van heffing voor binnenlandse belastingplichtigen zijn neergelegd in het tweede gedeelte van de KStG (§7 tot en met §22 KStG).⁶¹² Het object van heffing is sinds 1920 niet wezenlijk veranderd.⁶¹³ Voor binnenlandse belastingplichtige lichamen is het belastingobject het belastbare inkomen (*zu versteuerndes Einkommen*, §7 Abs. 1 KStG). Het belastbare inkomen is het inkomen zoals dat wordt vastgesteld in §8 Abs. 1 KStG, verminderd met

⁶¹⁰ Zie Geschriften van de Vereniging van Belastingwetenschap, Goed koopmansgebruik Qua Vadis? Nr. 254, Kluwer, 2015, blz.24.

⁶¹¹ Het verschil tussen waardering op *fair market value* en waardering op *going concern* licht ik toe aan de hand van een voorbeeld. Stel een vennootschap drijft een onderneming in een eigen pand. Het pand heeft een bedrijfsgebonden karakter. Er zit een stille reserve in het pand van 50. De onderneming maakt geen winst. Waardering op *fair market value* zou een waarde van 50 betekenen en waardering op *going concern* een waarde van nihil.

⁶¹² Aangezien de belastinggrondslag in de *Gewerbsteuer* in eerste aanleg wordt bepaald door de belastinggrondslag voor de *Körperschaftsteuer* of *Einkommensteuer* (zie ook hoofdstuk 3.3.1.2) zal ik – mede omwille van de omvang van mijn onderzoek – het fiscale winstbegrip in de *Gewerbsteuer* niet nader bespreken.

⁶¹³ Suchanek in Hermann/Heuer/Raupach, §7 KStG, Anm.1.

een belastingvrije som van € 5.000 of € 15.000 als het gaat om de daar specifiek genoemde groep belastingplichtigen (*Freibeträge*, §24 en §25 KStG). In §7 Abs. 3 KStG staat expliciet dat de *Körperschaftsteuer* een jaarwinst betreft en dat het kalenderjaar of boekjaar (§7 Abs. 4 KStG) het uitgangspunt vormt. In Duitsland zijn ten aanzien van het fiscale winstbegrip zowel de regels uit de *Körperschaftsteuer* als uit de *Einkommensteuer* van belang. In §8 Abs. 1 KStG staat dat de regels uit de *EStG* en *KStG* bepalen wat als inkomen wordt aangemerkt en hoe het inkomen wordt vastgesteld. De letterlijke wettekst luidt: *“Was als Einkommen gilt und wie das Einkommen zu ermitteln ist, bestimmt sich nach den Vorschriften des Einkommensteuergesetzes und dieses Gesetzes.”*⁶¹⁴ In Duitsland wordt het fiscale winstbegrip in eerste aanleg gevormd en ingevuld door wettelijke voorschriften. Daarnaast is de invulling van het fiscale winstbegrip verder ingevuld door veel jurisprudentie, waarin de wettelijke voorschriften nader zijn geïnterpreteerd. Het fiscale winstbegrip leunt van oudsher sterk op het commerciële winstbegrip (*Maßgeblichkeit*). Dat bespreek ik verder in hoofdstuk 5.3.2.2.

5.3.1.1 Totaalwinstbegrip en objektive Nettoprinzip

Duitsland kent ook het totaalwinstbegrip. Lang omschrijft dit begrip als *“die Summe aller periodisch erwirtschafteten Ergebnisse eines Betriebs von der Gründung bis zur Veräusserung, Aufgabe oder Liquidation.”*⁶¹⁵ Een omschrijving inhoudende dat de totale winst van een onderneming gedurende het bestaan belast dient te worden is niet expliciet in de wet te vinden.⁶¹⁶ In de wet staat wel expliciet dat de *Körperschaftsteuer* een jaarlijkse belasting is (§7 Abs. 3 KStG). Hieruit blijkt mijns inziens dat - ten aanzien van het fiscale winstbegrip - de jaarwinst als uitgangspunt wordt genomen.⁶¹⁷

Eén van de belangrijkste beginselen bij het bepalen van de (jaarlijkse) fiscale winst is het zogenoemde *objektive Nettoprinzip*. Dit principe vloeit volgens Schneider voort uit §2 Abs. 2 EStG en heeft als functie de daadwerkelijke winst van een inkomensbron van de belastingplichtige te bepalen.⁶¹⁸ Dit betekent dat zowel uitgaven als verliezen, die in direct economisch verband staan met het verkrijgen van inkomsten, van de berekeningsgrondslag van de belasting moeten worden afgetrokken, omdat zij het prestatievermogen van het belastingsubject doen afnemen.⁶¹⁹ Enkel het saldo tussen opbrengsten en bedrijfsuitgaven van de inkomstenbelasting mag aan de belastingheffing worden onderworpen. Breuer & Stevens geven aan dat het *Nettoprinzip* gebaseerd is op het draagkrachtbeginsel. Dit brengt met zich mee dat kosten die verband houden met een inkomensbron in aftrek moeten worden toegestaan.⁶²⁰

Over het algemeen wordt in de literatuur aangenomen dat het *Nettoprinzip* ook van toepassing is in de *Körperschaftsteuer*. Volgens Heger volgt dit uit de koppeling tussen het *KStG* en *EStG* via §8 Abs. 1 KStG⁶²¹ en Hey geeft aan dat dit volgt uit de tot dusver gewezen jurisprudentie met betrekking tot

⁶¹⁴ In R.8.1 KStR 2015 wordt een opsomming gegeven van alle bepalingen uit de *EStG* die van toepassing zijn voor de winstbepaling.

⁶¹⁵ J. Lang in Tipke/Lang¹⁹, Steuerrecht, §9, Rz.126.

⁶¹⁶ Je zou je dat wel impliciet kunnen opmaken uit §1 KStG, waarin de onbeperkte binnenlandse belastingplicht van lichamen wordt bepaald.

⁶¹⁷ Hier zou een parallel getrokken kunnen worden met het commerciële winstbegrip, waar ook louter aandacht is voor de jaarwinstbepaling.

⁶¹⁸ M. Schneider, Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen des objektiven Nettoprinzips, Beihefter zu DStR 34/2009, blz. 87, paragraaf 2.2.

⁶¹⁹ J. Hey in Tipke/Lang¹⁹, Steuerrecht, §11, Rz.42 en Rz.54 f. Zie ook Ernst & Young, *Studie: Aspecten van de Duitse Gewerbesteuer*, blz. 71. Voor een nadere uiteenzetting waarbij het *Nettoprinzip* vanuit verschillende invalshoeken wordt belicht zie E. Reimer, Das objektive Nettoprinzip aus gemeinschaftsrechtlicher, abkommensrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht, Beihefter zu DStR 34/2009, blz.122.

⁶²⁰ A.C. Breuer/A.J.A. Stevens, Fiscale ontwikkelingen in Duitsland, WFR 2016/3, paragraaf 6.

⁶²¹ K. Heger, Körperschaft- und Gewerbesteuer und objektives Nettoprinzip, Beihefter zu DStR 34/2009, blz. 117, paragraaf 1.2.

het *ESTG*.⁶²² Lang geeft aan dat het *Nettoprinzip* voortvloeit uit het gelijkheidsbeginsel en het daaruit voortvloeiende draagkrachtsbeginsel. Over het algemeen wordt in Duitsland aangenomen dat lichamen over een eigen fiscale draagkracht beschikken.⁶²³ Op grond van het in hoofdstuk 3.3.5 genoemde *Trennungsprinzip* wordt het inkomen van aandeelhouders en lichamen in principe gescheiden vastgesteld en aan belastingheffing onderworpen. Met andere woorden, de *Körperschaftsteuer* wordt bepaald op basis van het inkomen van het lichaam en daarmee naar de draagkracht van de onderneming.

Winstuitkeringen van een lichaam zijn niet aftrekbaar (§8 Abs. 3, S.1 KStG geeft aan dat winstuitkeringen het belastbare inkomen niet verminderen). Transacties en overige rechtsverhoudingen tussen een lichaam en zijn aandeelhouder, kapitaalverschaffer, of gelieerde lichamen dienen in Duitsland ook tot zakelijke condities te worden herleid. Een te hoog salaris (lichaam brengt onterecht kosten in aftrek), of een door het lichaam verstrekte rentevrije lening (lichaam laat zich ten onrechte een voordeel ontgaan) leidt niet tot vermindering van het inkomen (§8 Abs. 3, S.2 KStG), of anders geformuleerd, vermomde dividenduitkeringen (*verdeckte Gewinnausschüttung*) behoren niet tot de inkomensberekening. Het vermomde dividend wordt (buiten de fiscale balans om) gecorrigeerd en tot de winst gerekend, wat naast *Körperschaftsteuervervolg* ook gevolgen heeft voor de *Gewerbesteuer* en de dividendbelasting (*Kapitalertragsteuer*).⁶²⁴

Een bevoordeling van de vennootschap (in de hoedanigheid van aandeelhouder) vormt een informele kapitaalstorting (*verdeckte Einlagen*). Net als een vermomd dividend behoort een informele kapitaalstorting niet tot de inkomensberekening, met andere woorden, de winst van een lichaam wordt niet verhoogd door een informele kapitaalstorting. Helemaal spiegelbeeldig zijn de fiscale gevolgen van een informele kapitaalstorting en vermomd dividend niet. Het *Bundesfinanzhof* besliste in 1987 dat §4 Abs. 1 EStG inhoudt dat ten aanzien van de vermogensvergelijking de bepalingen uit het HGB beslissend zijn.⁶²⁵ Op grond van de bepalingen in het HGB kunnen alleen vermogensbestanddelen in een lichaam worden ingebracht. Het aan een vennootschap overlaten van een voordeel (*Nutzungsvorteile*) wordt niet aangemerkt als een zelfstandig vermogensbestanddeel en kan derhalve niet als informeel kapitaal in een lichaam worden ingebracht. Het hierboven al aangehaalde §8 Abs. 3, S.3 KStG kan daar geen verandering inbrengen, omdat deze bepaling als *lex specialis* (*Spezialnorm*) wordt gezien. Dit betekent dus dat bijvoorbeeld een renteloze lening aan de ene kant wel kan leiden tot een vermomde dividenduitkering (bevoordeling lichaam aan aandeelhouder), maar aan de andere kant niet kan leiden tot een informele kapitaalstorting (bevoordeling aandeelhouder aan lichaam).⁶²⁶ In hoofdstuk 5.4.4 geef ik een overzicht en enkele voorbeelden van de Nederlandse en Duitse fiscale behandeling van onzakelijke rechtshandelingen. Er is ontelbaar veel jurisprudentie en literatuur over de *verdeckte Gewinnausschüttung* en *verdeckte Einlagen*, van welke een behandeling mijn onderzoek te buiten gaat.⁶²⁷

In §1 AStG is het arm's length-beginsel neergelegd dat expliciet onzakelijkheden bij grensoverschrijdende transacties tussen gelieerde lichamen corrigeert. Deze bepaling is bij puur binnenlandse transacties in beginsel niet van toepassing. Het *Bundesfinanzhof* heeft in bovengenoemd arrest uit 1987 bepaald dat §1 AStG geen generale grondslag voor de winstbepaling mag vormen, maar als een uitzonderingsfictie voor internationale verhoudingen moet worden aangemerkt.

Kort samengevat, past Duitsland het arm's length-beginsel dus alleen toe in grensoverschrijdende situaties. Het gevolg hiervan is dat een Duitse moedervenootschap die onzakelijk handelt met een

⁶²² J. Hey in Tipke/Lang¹⁹, Steuerrecht, §11, Rz.5.

⁶²³ Zie bijvoorbeeld K. Heger, Körperschaft- und Gewerbesteuer und objektives Nettoprinzip, Beihefter zu DStR 34/2009, blz. 117, paragraaf 3.

⁶²⁴ Vergelijk I. Berger, Zakendoen in Duitsland, hoofdstuk V.8.1.

⁶²⁵ BFH GrS BStBl. 1988, 348. Voor een uitgebreide uiteenzetting van dit arrest zie ook de Nederlandse literatuur D. Juch, Renteloze leningen in het Duitse belastingrecht, MBB 1988/172 en G.M.M. Michielse, Informele kapitaalstortingen en hun internationale complicaties 'auf Deutscher Art und Weise', WFR 1989/509.

⁶²⁶ J. Hey in Tipke/Lang²², Steuerrecht, §11, Rz. 92.

⁶²⁷ Voor een overzicht verwijs ik naar bijvoorbeeld J. Hey in Tipke/Lang²², Steuerrecht, §11, Rz.70-104 en naar Schallmoser in Hermann/Heuer/Raupach, §8 KStG, Anm.1.

buitenlandse dochtervennootschap kan worden geconfronteerd met een correctie van de winst. In binnenlandse verhoudingen blijft een dergelijke correctie achterwege. In een binnenlandse situatie betreft Duitsland de winst die de moedervennootschap zich heeft laten ontgaan in de heffing bij de dochtervennootschap.

Op 14 december 2017 heeft de A-G van het Europese Hof van Justitie een conclusie uitgebracht over de vraag of deze bepaling in het AStG leidt tot ongelijke behandeling waarbij binnenlandse en buitenlandse transacties zijn betrokken. De A-G komt tot de conclusie dat dit niet het geval is en dat de Duitse regeling kan eisen dat het stellen van zakelijke voorwaarden alleen geldt voor grensoverschrijdende transacties zonder in strijd te komen met de vrijheid van vestiging.⁶²⁸

Tot slot noem ik volledigheidshalve nog §9 KStG waarin specifiek het winstaandeel van de beherend vennoot in de *KG auf Aktien* als fiscale aftrekpost wordt aangemerkt en §10 KStG, waarin specifiek staat dat belastingen, boetes en 50% van commissarissenbeloningen niet aftrekbaar zijn.⁶²⁹

5.3.1.2 Jaarwinst

In Duitsland wordt de jaarwinst bepaald aan de hand van de voorschriften in het KStG en EStG. In het KStG staat geen definitie van het inkomensbegrip. Deze vinden we wel in de ook voor het KStG van toepassing zijnde §4 Abs. 1 EStG. In deze bepaling staat winst omschreven als het verschil tussen de waarde van het bedrijfsvermogen aan het einde van het boekjaar en de waarde van het bedrijfsvermogen aan het eind van het vorig boekjaar, verhoogd met de waarde van de onttrekkingen en verminderd met de waarde van de stortingen. De winst kan met andere woorden worden bepaald aan de hand van de vermogensvergelijking (*Betriebsvermögensvergleich*).⁶³⁰ De winst kan ook worden vastgesteld aan de hand van de winst en verliesrekening (*Gewinn – und Verlustrechnung*). Beide manieren van winstberekening zouden uiteindelijk tot hetzelfde resultaat moeten leiden (dit principe wordt ook wel *doppelte Buchführung* genoemd).

Naast de algemene bepaling omtrent welke winstbepalingsregels van toepassing zijn heeft de wetgever gezorgd voor gedetailleerde regelgeving in zowel de *Einkommensteuer* als de *Körperschaftsteuer* die het begrip fiscale winst nader afbakenen. Zo zijn bijvoorbeeld de afschrijvingsregels (afschrijvingsmethoden) uitgebreid vastgelegd in §7 Abs. 1 EStG.⁶³¹ Reimer merkt op dat de Duitse wetgever – ten opzichte van andere landen – steeds minder kosten in aftrek toelaat.⁶³² Ook in Duitsland geldt het nominalistische stelsel (euro-is-euro-stelsel genoemd).⁶³³ Een begrip goed koopmansgebruik vinden we niet terug in de Duitse fiscale wet. Wel kent het handelsrecht een dergelijke term (*ordnungsgemäße Buchführung*). In het *Handelsgesetzbuch* (HGB) zijn ook de beginselen zoals het realisatiebeginsel en voorzichtigheidsbeginsel wettelijk vastgelegd (§252 HGB). Deze beginselen werken één op één door in de fiscale jaarrekening, zoals uit de volgende paragraaf zal blijken.

⁶²⁸ A-G HvJ EU, 14 december 2017, nr. C-382/16 (Hornbach-Baumarkt AG), V-N 2018/2.15. De V-N redactie geeft aan dat op grond van onder andere de arresten Lankhorst-Hohorst en Test Claimants afgevraagd kan worden of het Hof van Justitie EU zijn A-G zal volgen. Uit genoemde zaken volgt volgens de redactie dat, als een lidstaat opwaartse winstcorrecties beperkt tot grensoverschrijdende situaties, wel degelijk sprake is van discriminatie, die echter kan zijn gerechtvaardigd vanwege de noodzaak om belastingontwijking te voorkomen. Een verschil met de benadering van de A-G is dat er dan nog een proportionaliteitstoets moet plaatsvinden.

⁶²⁹ Voor een nadere uiteenzetting zie Dürrschmidt, in Hermann/Heuer/Raupach, §10 KStG.

⁶³⁰ In de wet is expliciet opgemerkt dat de vermogensvergelijking geldt voor ondernemingen waarbij er een plicht tot boekhouding bestaat. Ik ga in het verdere verloop van dit hoofdstuk ervanuit dat dit het geval is.

⁶³¹ Voor een nadere Nederlandsetalige uiteenzetting van de fiscale afschrijving en behandeling van goodwill verwijs ik naar R.P.C. Cornelisse, *Enige fiscale aspecten van goodwill*, FED Monografiën nr. 60, Kluwer, 2000, paragraaf 17.2.

⁶³² E. Reimer, *Das objektive Nettoprinzip aus gemeinschaftsrechtlicher, abkommensrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht*, Beihefter zu DStR 34/2009, blz. 122, paragraaf 4.

⁶³³ J. Lang in Tipke/Lang¹⁹, *Steuerrecht*, §9, Rz.56.

5.3.2 Verhouding tot de commerciële jaarrekening

5.3.2.1 Ontwikkeling commerciële winstbepaling

De basis van het Duitse jaarrekeningenrecht is te vinden in het HGB. Daar staat onder andere dat de jaarrekening in overeenstemming moet zijn met de vereiste wet- en regelgeving en een getrouw beeld moet geven van de grootte en de samenstelling van het vermogen en resultaten. De uitgangspunten voor de jaarrekening zijn dat sprake moet zijn van een "*ordnungsgemäße Buchführung, Inventur en Bilanzierung*".

In Duitsland wordt de commerciële winstbepaling van oudsher gekenmerkt door een continentale aanpak. Dit houdt in dat een voorzichtige waardering centraal staat, wat leidt tot een externe verslaggeving die sterk is gekoppeld aan de fiscale winstbepaling en crediteurenbescherming.⁶³⁴ Dit betekent ook dat het "true and fair view" concept wordt achtergesteld ten opzichte van het voldoen aan wettelijke (fiscale) vereisten en niet van doorslaggevende betekenis is. In geval van twijfel hoeven de jaarrekeninggrondslagen niet te worden aangepast en is aanvullende informatie in de toelichting op de jaarrekening voldoende.⁶³⁵

Alle beursgenoteerde ondernemingen moeten vanaf 2005 de geconsolideerde jaarrekening opstellen volgens de International Financial Reporting Standards (IFRS). Net als in Nederland hebben andere ondernemingen keuzerecht. De laatste grote verandering betreffende het Duitse jaarrekeningenrecht dateert van 26 maart 2009. Op die dag is door het Duitse parlement het Bilanzrechtmodernisierungsgesetz (BilMoG) aangenomen. De doelstelling van deze omvangrijke wetswijzing was onder andere om een betere aansluiting bij de IFRS te bewerkstelligen.

5.3.2.2 Ontwikkeling fiscale winstbepaling ten opzichte commerciële winstbepaling

In Duitsland is van oudsher de commerciële winstbepaling ook maatgevend geweest voor de fiscale winstbepaling. Deze koppeling gaat volgens Freidank & Velte terug tot de invoering van het HGB in 1861.⁶³⁶ De verslaggevingstraditie in Duitsland is – zoals reeds hierboven vermeld – gericht op crediteurenbescherming en voorzichtige winstbepaling. De winstbelasting die in Duitsland al sinds 1920 bestaat, werd hieraan gekoppeld.⁶³⁷ Ondanks dat in Duitsland ook wel wordt onderkend dat de commerciële en fiscale winstbepaling verschillende doeleinden dienen⁶³⁸, heeft de fiscale winstbepaling zich in Duitsland *niet* autonoom ontwikkeld.⁶³⁹ In de loop der jaren waren er genoeg ideeën en voorstellen om een eigen fiscaal winstbegrip, onafhankelijk van de commerciële balans te introduceren, maar deze vonden uiteindelijk nooit doorgang.⁶⁴⁰

⁶³⁴ Zie Geschriften van de Vereniging van Belastingwetenschap, Goed koopmansgebruik Qua Vadis? Nr. 254, Kluwer, 2015, paragraaf 2.1. en 2.2.

⁶³⁵ J. Elderkamp, Zakendoen in Duitsland, 2013, Hoofdstuk IX.1.1.

⁶³⁶ Voor een historische uiteenzetting zie W. Schön, Steuerliche Maßgeblichkeit in Deutschland und Europa, Otto-Schmidt Verlag, 2005, blz. 147-195.

⁶³⁷ Voor een uitgebreide en deels ook historische uiteenzetting van de relatie tussen de fiscale winstberekening en vennootschapsrechtelijke jaarrekening in Duitsland verwijs ik naar G.J.M.E. de Bont, De relatie tussen het fiscale winstbegrip en de vennootschapsrechtelijke jaarrekening in rechtsvergelijkend perspectief, Pijnenburg Uitgeverij, Tilburg, 1997, hoofdstuk 3.

⁶³⁸ Schanz & Schanz wijzen er op dat de commerciële jaarrekening gericht is op aandeelhouders, potentiële investeerders en crediteuren en een informatie-functie en uitdelingsverbod-functie heeft. De fiscale jaarrekening is er voor de fiscus. D. Schanz/S. Schanz, Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz in Europa und in den USA, StuW 4/2009, blz. 311.

⁶³⁹ Zie hieromtrent ook W. Schön, International Accounting Standards - A 'Starting Point' for a Common European Tax Base?, European Taxation, oktober 2004.

⁶⁴⁰ Bijvoorbeeld het voorstel van een belastinghervormingscommissie in 1971 (Bundesministerium für Wirtschaft und Finanzen: Gutachten der Steuerreformkommission 1971, Schriftenreihe des Bundesministeriums der Finanzen, Heft 17, 1971, blz. 428-561). Voor een overzicht zie ook C-C.Freidank/P.Velte, Qua Vadis

Uit §5 Abs. 1 EStG blijkt de verhouding tussen de commerciële en fiscale winstbepaling. Daar is het volgende opgenomen: *“Bei Gewerbetreibenden, die auf Grund gesetzlicher Vorschriften verpflichtet sind, Bücher zu führen und regelmäßig Abschlüsse zu machen, oder die ohne eine solche Verpflichtung Bücher führen und regelmäßig Abschlüsse machen, ist für den Schluss des Wirtschaftsjahres das Betriebsvermögen anzusetzen (§ 4 Absatz 1 Satz 1), das nach den handelsrechtlichen Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung auszuweisen ist, es sei denn, im Rahmen der Ausübung eines steuerlichen Wahlrechts wird oder wurde ein anderer Ansatz gewählt. Voraussetzung für die Ausübung steuerlicher Wahlrechte ist, dass die Wirtschaftsgüter, die nicht mit dem handelsrechtlich maßgeblichen Wert in der steuerlichen Gewinnermittlung ausgewiesen werden, in besondere, laufend zu führende Verzeichnisse aufgenommen werden. In den Verzeichnissen sind der Tag der Anschaffung oder Herstellung, die Anschaffungs- oder Herstellungskosten, die Vorschrift des ausgeübten steuerlichen Wahlrechts und die vorgenommenen Abschreibungen nachzuweisen.”*

De verhouding tussen de commerciële en fiscale balans wordt in Duitsland met de term *Maßgeblichkeit* aangegeven. De aansluiting van de fiscale winstbepaling aan de commerciële winstbepaling komt in eerste instantie voort uit de gedachte van uitvoerbaarheid en eenvoud.⁶⁴¹ De ondernemer wordt de last van het tweemaal berekenen van de winst bespaard.⁶⁴² Naast de vereenvoudigingsfunctie komt ook het gelijkheidsprincipe (*Gleichstellungshypothese*) naar voren. De fiscus wordt als gelijke gerechtigde ten opzichte van een onderneming bezien.⁶⁴³ Schanz & Schanz wijzen er op dat *Maßgeblichkeit* leidt tot minder belastingontwikkelingsmogelijkheden.⁶⁴⁴ In Duitsland kon het ook zo zijn dat bepaalde elementen van de fiscale winstberekening bepalend waren voor de commerciële winstbepaling. Dit wordt *umgekehrte Maßgeblichkeit* genoemd. De term *Maßgeblichkeit* is niet in de wet opgenomen. De aansluiting tussen de commerciële en fiscale winstbepalingen vormde en vormt voor de Duitse wetgever een extra uitdaging: elke regel of wijziging ten aanzien van de commerciële jaarrekening heeft namelijk ook fiscale gevolgen en andersom. De vraag die bij elke wijziging rijst, is of deze wel eer doet aan de fiscale rechtvaardigheid.⁶⁴⁵ De Bont wijst erop dat er in Duitsland reeds decennia gediscussieerd wordt omtrent de reikwijdte en inhoud van *Maßgeblichkeit*.⁶⁴⁶ Er worden verschillende vormen onderscheiden en de discussie spitst(e) zich veelal toe op de vraag of er volgens §5, Abs. 1 EStG sprake is van *materielle of formelle Maßgeblichkeit*. *Materieller Maßgeblichkeit* houdt in, dat de fiscale balans moet voldoen aan de eisen van *ordnungsgemäße Buchführung* (GoB). Daarbij is het niet verplicht, dat de fiscale balans (*Steuerbilanz*) en de commerciële balans (*Handelsbilanz*) gelijk zijn. Als er een keuzerecht volgens het HGB is, mag er in de verschillende balansen worden afgeweken. Bij *formelle Maßgeblichkeit* wordt aangenomen dat een keuzemogelijkheid op gelijke wijze in beide balansen moeten worden uitgevoerd.

De heersende opvatting was dat *formelle Maßgeblichkeit* bepalend was vóór de wetwijzigingen in het jaarrekeningrecht in 2009 (BilMoG). Door de wetwijziging (BilMoG) kan gesteld worden dat er

Maßgeblichkeit, Eine Analyse aus rechtshistorischer, steuersystematischer und betriebswirtschaftlicher Sicht, StuW 2/2010, blz. 192-193.

⁶⁴¹ In gelijke zin A. Eggert in, Corporate Tax Base in the Light of the IAS/IFRS and EU Directive 2013/34, EUCOTAX, volume 48, 2016, hoofdstuk 7, blz.116.

⁶⁴² J. Hey in Tipke/Lang¹⁹, Steuerrecht, §17, Rz.43.

⁶⁴³ C-C. Freidank/P. Velte, Qua Vadis Maßgeblichkeit, Eine Analyse aus rechtshistorischer, steuersystematischer und betriebswirtschaftlicher Sicht, StuW 2/2010, blz. 186.

⁶⁴⁴ D.Schanz/S.Schanz, Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz in Europa und in den USA, StuW 4/2009, blz. 312.

⁶⁴⁵ J. Hennrichs, Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, Beck 2013, Rz. 49.

⁶⁴⁶ G.J.M.E. de Bont, De relatie tussen het fiscale winstbegrip en de vennootschapsrechtelijke jaarrekening in rechtsvergelijkend perspectief, Pijnenburg Uitgeverij, Tilburg, 1997, hoofdstuk 3, paragraaf 3 en mede de verwijzingen naar de Duitse literatuur aldaar in de voetnoten. Zie ook M. Wehrheim/I.Fross, Wider die Aushöhlung des Maßgeblichkeitsprinzips, StuW 2/2010, blz.195. Zij merken op: *“Kaum ein Bilanzrechtsgrundsatz ist so umstritten und wird so kontrovers und leidenschaftlich diskutiert”*.

sindsdien sprake is van *materielle Maßgeblichkeit*. Waar voorheen in §5 EStG was bepaald dat "*Steuerrechtliche Wahlrechte bei der Gewinnermittlung sind in Übereinstimmung mit der handelsrechtlichen Jahresbilanz auszuüben*" is deze zin vervangen door "*es sei denn, im Rahmen der Ausübung eines steuerlichen Wahlrechts wird oder wurde ein anderer Ansatz gewählt*". Met andere woorden; het is vanaf 2009 wettelijk toegestaan andere fiscale keuzes te maken die afwijken van de commerciële keuzes. Dit houdt volgens Freidank & Velte in dat de reikwijdte van *Maßgeblichkeit* sinds de wetwijziging (BilMoG) is begrensd. Tevens is door de wetwijziging het principe van de *umgekehrten Maßgeblichkeit* losgelaten⁶⁴⁷, waardoor volgens beide auteurs het fiscaal keuzerecht bij het vaststellen van de fiscale winst meer autonoom kan worden toegepast.⁶⁴⁸ Ook volgens Elderkamp zijn er als gevolg van de wetwijziging grotere verschillen ontstaan tussen de fiscale en commerciële boekhouding met als gevolg dat er bijvoorbeeld meer latente belastingposten in de jaarrekening staan.⁶⁴⁹ Daarnaast heeft het realiteitsprincipe (jaarrekening moet een realistisch beeld geven) aan belang gewonnen ten opzichte van het voorzichtigheidsprincipe. Ook Grashoff & Kleinmanns nemen een afkoppeling van de fiscale balans van de commerciële balans waar. Volgens hen maken steeds meer fiscale regelingen – vanwege met name budgettaire gronden – inbreuk op het *Maßgeblichkeitsprinzip*.⁶⁵⁰ Hey is het hier mee eens en geeft aan dat de oorspronkelijke gedachte (uitvoerbaarheid en eenvoud) achter de koppeling tussen beide balansen steeds meer op de achtergrond is geraakt, vanwege de talloze ingevoerde fiscale regelingen.⁶⁵¹ Herzig & Briesemeister geven aan dat met de inwerkingtreding van de wetwijziging (BilMoG) het niet zonder meer nog mogelijk is om de fiscale winst af te leiden uit de commerciële winst.⁶⁵² Tot slot wijs ik – uit de talloze literatuur – op de zienswijze van Schanz & Schanz die aangeven dat de in het verleden sterk uitgedragen *Maßgeblichkeit* in Duitsland door de internationalisering enigszins achterhaald is. Daar waar vroeger ondernemingen niet zo sterk waren aangewezen op de kapitaalmarkt en aandeelhouders werden gezien als "uitbuiters van de onderneming" is dat heden ten dage anders.⁶⁵³

Uiteraard is de invoering van IFRS en de mogelijke invloed van de C(C)CTB in Duitsland ook niet onopgemerkt gebleven. Eggert verdeelt de Duitse meningen (in de literatuur) hierover in twee kampen. Het ene kamp is van mening dat er een allesomvattend raamwerk van basisprincipes in de C(C)CTB moet komen waarop het winstbegrip wordt gebaseerd. Het andere kamp doet de suggestie IFRS te benutten als een soort referentiekader voor het fiscale winstbegrip.⁶⁵⁴ Freidank & Velte wijzen erop dat IFRS van toenemende invloed kan zijn op commerciële en fiscale winstbepaling (afhankelijk van de vraag in hoeverre rechters zich inlaten met IFRS). Zij denken echter dat het loslaten van *Maßgeblichkeit* eerder zal leiden tot een eigen fiscaal winstbegrip.⁶⁵⁵ Schön geeft aan dat IFRS de enige realistische basis voor een gemeenschappelijk belastinggrondslag in Europa is. Hij is van mening dat afgewacht moet worden of IAS/IFRS zich voldoende kan bewijzen om ook voor de fiscale balans van betekenis te zijn. Tot die tijd zou het *Maßgeblichkeitsprinzip* het uitgangspunt moeten zijn.⁶⁵⁶ Kahle, Dahlke & Schulz zijn er niet van overtuigd dat IFRS kan dienen als startpunt voor een gemeenschappelijke (EU) belastinggrondslag, omdat volgens hen IFRS enorme

⁶⁴⁷ Op concernniveau was de omgekeerde *Maßgeblichkeit* reeds sinds 2002 afgeschaft (Transparenz und Publizitätsgesetz, 19 juli 2002, BGBl. I 2002, 2681-2687).

⁶⁴⁸ C-C.Freidank/P.Velte, Qua Vadis Maßgeblichkeit, Eine Analyse aus rechtshistorischer, steuersystematischer und betriebswirtschaftlicher Sicht, StuW 2/2010, blz. 185. Voor de uitgebreide parlementaire discussie hieromtrent zie 30 juli 2008, BT-Drucks. 16/10067.

⁶⁴⁹ J. Elderkamp, Zakendoen in Duitsland, onderdeel IX.1.1 en IX.1.2.

⁶⁵⁰ D. Grashoff/F. Kleinmanns, Aktuelles Steuerrecht, Beck 2015, Rz. 105.

⁶⁵¹ J. Hey in Tipke/Lang¹⁹, Steuerrecht, §17, Rz. 43.

⁶⁵² N. Herzig/ S. Briesemeister, Steuerliche Problembereiche des BilMoG-RegE, Ubg, 2009, blz. 157.

⁶⁵³ D. Schanz/S. Schanz, Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz in Europa und in den USA, StuW 4/2009, blz. 312.

⁶⁵⁴ In gelijke zin A. Eggert in, Corporate Tax Base in the Light of the IAS/IFRS and EU Directive 2013/34, EUCOTAX, volume 48, 2016, hoofdstuk 7, blz.122.

⁶⁵⁵ C-C.Freidank/P.Velte, Qua Vadis Maßgeblichkeit, Eine Analyse aus rechtshistorischer, steuersystematischer und betriebswirtschaftlicher Sicht, StuW 2/2010, blz. 194.

⁶⁵⁶ W. Schön, Steuerliche Maßgeblichkeit in Deutschland und Europa, Otto-Schmidt Verlag, 2005, blz. V en 120-121.

onsystematische, casuïstieke interpreteervraagstukken kent. Daarnaast bestaat er geen eenduidige rechtspraak over de uitleg van IFRS.⁶⁵⁷

Samenvattend, kan mijns inziens gesteld worden dat de traditionele sterke samenhang tussen het Duitse commerciële winstbegrip en het fiscale winstbegrip in de loop der jaren minder is geworden en dat het afwachten is in hoeverre IAS/IFRS in de toekomst een rol zal spelen.

5.4 *Beschouwing / conclusie*

In dit hoofdstuk heb ik onderzocht hoe het fiscale winstbegrip eruit ziet in de vennootschapsbelasting, respectievelijk de *Körperschaftsteuer* en welke verschillen en overeenkomsten er bestaan tussen het object van heffing en de verhouding tot het commerciële winstbegrip. Uit de analyse van het Nederlandse gedeelte komt mij voor dat op hoofdlijnen een tweetal discussiepunten rondom het fiscale winstbegrip de boventoon voert:

- Zou ten aanzien van het fiscale winstbegrip een meer "rule-based principe" of een meer "principle-based principe" moeten worden gehanteerd?
- Zou ten aanzien van het fiscale winstbegrip meer aansluiting gezocht moeten worden bij de invulling van het commerciële winstbegrip?

Hieronder geef ik aan de hand van mijn toetsingskader (zie hoofdstuk 1.3.2.4) aan of Duitsland een rechtsregel (oplossing of benadering) heeft die aanbevelenswaardig is, of kan zijn, voor de vennootschapsbelasting ten aanzien van bovengenoemde discussiepunten.

5.4.1 Een meer rule-based fiscaal winstbegrip; een optie voor Nederland?

Zowel Nederland als Duitsland kent het totaalwinstbegrip, zij het dat dit begrip in Duitsland een minder prominente rol lijkt te hebben in de fiscaliteit dan in Nederland het geval is. Een omschrijving inhoudende dat de totale winst van een onderneming gedurende het bestaan belast dient te worden, is niet in de Duitse wet te vinden.⁶⁵⁸ Het *objektive Nettoprinzip*, dat in Duitsland een belangrijke plaats in het belastingrecht inneemt, kan mijns inziens in essentie als vergelijkbaar met het Nederlandse totaalwinstbeginsel worden gezien. Lang geeft aan dat door de trend van belastingverlaging in samenhang met grondslagverbredingen het *Nettoprinzip* in de loop der jaren onder druk is komen te staan.⁶⁵⁹ Deze trend is in Nederland ook waarneembaar en de Nederlandse wetgever heeft meerdere malen inbreuk gemaakt op de oorspronkelijke (open-norm) gedachte van goed koopmansgebruik en ook op de totaalwinstgedachte (bijvoorbeeld beperking verliesverrekeningstermijnen). Het verschil tussen Duitsland en Nederland is wel dat eventuele wettelijke inbreuken op het *Nettoprinzip* in Duitsland grondwettelijk getoetst kunnen worden (zie hoofdstuk 2.9.2.1).

De Duitse methoden om de jaarlijkse winst te bepalen, komen overeen met de Nederlandse methoden. De winst wordt jaarlijks vastgesteld door het opstellen van een vermogensvergelijking of door de winst - en verliesrekening. Onttrekkingen en stortingen moeten in beide landen worden geëlimineerd uit de winstberekening. In beide landen zijn de regels omtrent de winstbepaling zowel terug te vinden in de vennootschapsbelasting (*Körperschaftsteuer*) als, via een schakelbepaling, in de inkomstenbelasting (*Einkommensteuer*). Een opmerkelijk verschil tussen Nederland en Duitsland vind ik de fiscale gevolgen van een informele kapitaalstorting. Daar waar in Nederland op grond van het Zweedse grootmoederarrest (totaalwinstgedachte) en art. 8b Wet VPB 1969 bij onzakelijk handelen een correctie plaatsvindt naar zakelijkheid gevolgd door een verkapt dividend of informele kapitaalstorting is dat laatste in Duitsland niet altijd het geval. Het fiscale winstbegrip leunt hier sterk op het commerciële winstbegrip in die zin dat volgens het *Bundesfinanzhof* §4 Abs. 1 EStG

⁶⁵⁷ H. Kahle/A. Dahlke/S. Schulz, *Zunehmende Bedeutung der IFRS für die Unternehmensbesteuerung?* StuW 3/2008, blz.279.

⁶⁵⁸ Ook de Commissie "Totaalwinst" komt tot de conclusie dat de ontwikkeling van het begrip totaalwinst niet terug te vinden is in de Duitse literatuur. Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, *Totaalwinst*, nr. 253, Kluwer, 2015, paragraaf 2.2, blz. 39.

⁶⁵⁹ J. Lang in Tipke/Lang¹⁹, *Steuerrecht*, §9 Rz.56.

inhoudt dat ten aanzien van de vermogensvergelijking de bepalingen uit het HGB beslissend zijn (zie hieromtrent ook hoofdstuk 5.4.2).⁶⁶⁰ Op grond van de bepalingen in het HGB kunnen alleen vermogensbestanddelen in een lichaam worden ingebracht. Het aan een vennootschap overlaten van een voordeel (*Nutzungsvorteile*) wordt niet aangemerkt als een zelfstandig vermogensbestanddeel en kan derhalve niet als informeel kapitaal in een lichaam worden ingebracht.⁶⁶¹ Duitsland past het arm's length-beginsel (op grond van §1 AStG) alleen toe in grensoverschrijdende situaties. Het gevolg hiervan is dat een Duitse moedervernootschap die onzakelijk handelt met een buitenlandse dochtervernootschap kan worden geconfronteerd met een correctie van de winst. In binnenlandse verhoudingen blijft een dergelijke correctie achterwege. In een binnenlandse situatie betreft Duitsland de winst die de moedervernootschap zich heeft laten ontgaan in de heffing bij de dochtervernootschap. Op 14 december 2017 heeft de A-G van het Europese Hof van Justitie een conclusie uitgebracht over de vraag of deze bepaling in het AStG leidt tot ongelijke behandeling waarbij binnenlandse en buitenlandse transacties zijn betrokken. De A-G komt tot de conclusie dat dit niet het geval is en dat de Duitse regeling kan eisen dat het stellen van zakelijke voorwaarden alleen geldt voor grensoverschrijdende transacties zonder in strijd te komen met de vrijheid van vestiging.⁶⁶² In hoofdstuk 5.4.4 geef ik een overzicht en enkele voorbeelden van de Nederlandse en Duitse fiscale behandeling van onzakelijke rechtshandelingen.

Een ander wezenlijk verschil is dat in Nederland het begrip goed koopmansgebruik leidend is voor de invulling van het winstbegrip. Dit begrip is door de wetgever niet nader ingevuld, maar geldt als een open norm, die in de loop der jaren grotendeels is ingevuld door de rechter. Duitsland kent een dergelijk begrip alleen in de commerciële jaarrekening, namelijk het principe van een *ordnungsgemäßer Buchführung*.⁶⁶³ In Duitsland zijn de regels omtrent de commerciële en fiscale winst neergelegd in (gedetailleerde) wettelijke bepalingen. Anders geformuleerd, geldt in Duitsland meer een rule-based benadering en in Nederland meer een principle-based benadering ten aanzien van de invulling van het fiscale winstbegrip.

Nederland kent vanuit de oorsprong/ historie een open norm wat betreft de invulling van het fiscale winstbegrip en is dit principe ook redelijk trouw gebleven. Het feit dat de Nederlandse wetgever om budgettaire of instrumentele redenen heeft ingegrepen en alsnog elementen van goed koopmansgebruik wettelijk heeft vastgelegd of een inbreuk maakt op de totaalwinstgedachte doet mijns inziens wel afbreuk aan de oorspronkelijke gedachte ten aanzien van de invulling van het winstbegrip.⁶⁶⁴

Mede de in hoofdstuk 5.2.3.1 uiteengezette voor- en nadelen overwegende, ben ik van mening dat een belangrijk leerstuk zoals het fiscale winstbegrip (op hoofdlijnen) wettelijk geregeld moet worden door de wetgever en dat de invulling niet moet worden overgelaten aan de rechter.⁶⁶⁵ Daarnaast voorkomt het wettelijk vastleggen van de hoofdlijnen van goedkoopmansgebruik mijns inziens al te

⁶⁶⁰ BFH GrS BStBl. 1988, 348. Voor een uitgebreide uiteenzetting van dit arrest zie ook de Nederlandse literatuur D. Juch, Renteloze leningen in het Duitse belastingrecht, MBB 1988/172 en G.M.M. Michielse, Informele kapitaalstortingen en hun internationale complicaties 'auf Deutscher Art und Weise', WFR 1989/509.

⁶⁶¹ Daarnaast vind ik het opmerkelijk te noemen dat het internationaal aanvaarde arm's lengthbeginsel alleen bij grensoverschrijdende transacties van toepassing is en in beginsel niet bij binnenlandse transacties.

⁶⁶² A-G HvJ EU, 14 december 2017, nr. C-382/16 (Hornbach-Baumarkt AG).

⁶⁶³ Vergelijk P.H.J. Essers, Goed koopmansgebruik and Maßgeblichkeitsprinzip: Time for a change, StuW 4/2005, blz. 332.

⁶⁶⁴ In het op 10 oktober 2017 gepubliceerde regeerakkoord heeft de nieuwe regering wederom om budgettaire redenen ingegrepen. De voorwaartse verliesverrekeningstermijn is verder beperkt van negen naar zes jaar en de afschrijvingsbeperking op gebouwen in eigen gebruik is verder beperkt in die zin dat afschrijven niet meer mogelijk is tot 50% van de WOZ-waarde, maar tot 100% van de WOZ-waarde.

⁶⁶⁵ Wat dat betreft ben ik het eens met Anderson die aangeeft dat wetgeving met open normen meer geschikt is voor antimisbruikbepalingen, waarbij men juist op voorhand niet kan anticiperen op creatieve constructies die belastingplichtigen hebben uitgedacht of nog gaan uitdenken. R.J. Anderson, Open normen in de fiscale wetgeving, WFR 2018/15.

opportunistisch gedrag (gelegenheidsingrepen) van de wetgever om louter budgettaire redenen,⁶⁶⁶ of onwelgevallige arresten. Een ander voordeel is dat belastingplichtigen niet langer gedwongen worden de omvangrijke jurisprudentie van de Hoge Raad te bestuderen om het recht te kennen, maar dat zij zich in principe kunnen beperken tot het lezen van één wettelijke bepaling.⁶⁶⁷ Wat betreft de vraag welke regels dan wettelijk vastgelegd zouden moeten worden, merk ik op dat de wetgever bijvoorbeeld de invulling van het winstbegrip in de C(C)CTB als uitgangspunt zou kunnen nemen en het realisatiebeginsel als leidend beginsel zou kunnen aanmerken. Voor die gevallen waarbij het niet wenselijk is dat het realisatiebeginsel leidend is, zouden bepalingen gebaseerd op het voorzichtigheidsbeginsel⁶⁶⁸ en vervolgens het eenvoudsbegin­sel voorgeschreven kunnen worden. Daarnaast is het mijns inziens wenselijk dat – naar Duitse voorbeeld – meer aangesloten wordt bij de commerciële winstbepaling.

Het in hoofdstuk 5.2.3.1 geopperde idee van Essers van het wettelijk vastleggen van de hoofdlijnen van het goed koopmansgebruik in de wet en het afsluiten van convenanten⁶⁶⁹ tussen bepaalde groepen belastingplichtigen en de Belastingdienst spreekt mij aan. Hierdoor zou bijvoorbeeld ook duidelijkheid geschapen kunnen worden over de hiërarchie van de goed koopmansgebruik beginselen. Het argument dat we zouden afglijden naar een oerwoud van regels vind ik niet valide, omdat de (rechters)regels nu ook al bestaan. Het codificeren in wettelijke regels bevordert de rechtszekerheid en het is de democratisch gekozen wetgever zelf die zorgt voor de invulling van het fiscale winstbegrip. Ook betwijfel ik of het argument dat een open norm veel dynamischer zou zijn, waardoor het makkelijker zou zijn mee te bewegen met de maatschappelijke ontwikkelingen, wel klopt. Het komt mij voor dat een wetgever bij de jaarlijkse belastingplannen wel degelijk in staat is in te spelen op de maatschappelijke ontwikkelingen.⁶⁷⁰

Mijns inziens voldoet de Duitse rule-based invulling van het fiscale winstbegrip beter aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader. Een groot voordeel van wettelijk vastgelegde regels lijkt dat de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid beter gewaarborgd lijkt. Anderzijds blijkt uit hoofdstuk 5.3.1 dat dit punt ook niet overschat moet worden, aangezien een wettelijke regeling ook de nodige interpretatieproblemen met zich mee kan brengen. Getuige de hoeveelheid jurisprudentie en literatuur in Duitsland over de nadere invulling en interpretatie van winstbepalingsregels lijkt dit ook zeker het geval. Een en ander zal afhangen van hoe de wettelijke regels zijn geformuleerd, waarbij de fiscaal-beleidsanalytische toets (uitvoerbaarheid, handhaafbaarheid) en de fiscaal-wetstechnische toets (eenvoud/duidelijkheid/toegankelijkheid) nadrukkelijk in ogenschouw moeten worden genomen.

Ook sluit een verdere wettelijke invulling van het goed koopmansgebruik begrip beter aan bij het CCTB-voorstel dat gekenmerkt wordt door een rule-based systeem en een zelfstandig winstbegrip (vergelijk de internationale/Europese fiscale ontwikkelings­toets uit mijn toetsingskader).

Alles overwegende, ben ik van mening dat een rule-based benadering van het fiscale winstbegrip, zoals Duitsland die heeft, aanbevelenswaardig is voor Nederland.

⁶⁶⁶ Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de beperking op de afschrijving op gebouwen, goodwill en overige bedrijfsmiddelen en de aanpassing van regels omtrent waardering van onder handen werk bij de Wet Werken aan winst in 2007.

⁶⁶⁷ In gelijke zin A.O. Lubbers, Goed koopmansgebruik, Fiscale Geschriften nr. 19, SDU, 2005, paragraaf 12.2.

⁶⁶⁸ Vergelijk bijvoorbeeld het CCTB-voorstel waarin specifieke bepalingen het mogelijk maken verliezen in aanmerking te nemen die zijn geleden vóór realisatie (bijv. voorzieningen, aftrek oninbare vorderingen, waardeverminderingen).

⁶⁶⁹ Ik onderken dat het risico van convenanten is dat lobbygroepen van bedrijven (nog meer) invloed krijgen op het fiscale stelsel en dat er discussie kan zijn over de democratische legitimatie van een Raad voor de fiscale winstbepaling. Zie over mogelijke politieke invloeden op een winstbelastingstelsel ook hoofdstuk 2.6. Ik werk dit echter niet verder uit.

⁶⁷⁰ De huidige praktijk is dat de wetgever mijns inziens veel te weinig periodiek bijstuurt en als hij dat doet vaak met veel meer oog voor de belangen van de overheid (vergelijk bijvoorbeeld de wettelijke afschrijvingsbeperkingen bij de Wet werken aan winst in 2007) dan die van belastingplichtigen.

5.4.2 Meer aansluiting zoeken bij het commerciële winstbegrip; een optie voor Nederland?

Een ander verschil tussen beide landen is de verhouding tussen het fiscale winstbegrip en het commerciële winstbegrip. In Nederland staat het Angelsaksische model centraal inhoudende dat de externe verslaggeving georiënteerd is op aandeelhouders ('true and fair view'). In Nederland bestaat er wel een link tussen de fiscale en commerciële winstbepaling, maar die betekent in principe "slechts" dat elementen uit de bedrijfseconomie in eerste instantie als leidend worden gezien. Nederland kent een relatief sterke autonomie van de fiscale regels over de winstbepaling en het begrip goed koopmansgebruik heeft zich in de geschiedenis los van de commerciële winstbepaling ontwikkeld. Dit is een groot verschil ten opzichte van Duitsland, waarin het continentale model (voorzichtige waardering en crediteurenbescherming) centraal staat. In Duitsland heeft de fiscale regelgeving zich (vergeleken met Nederland) in geringe mate ontwikkeld ten opzichte van de commerciële regelgeving. In Duitsland is de aansluiting van de fiscale jaarrekening op de commerciële jaarrekening van oorsprong het uitgangspunt.

In welke mate het commerciële winstbegrip van invloed zou moeten zijn voor het fiscale winstbegrip wordt al vanaf het bestaan van een winstbelasting voor lichamen in beide landen bediscussieerd. Na de analyse van de historische ontwikkeling en systematiek in Duitsland ben ik van mening dat Nederland meer aansluiting zou moeten zoeken bij het commerciële winstbegrip zoals in Duitsland het geval is (geweest). Uit hoofdstuk 5.3.2 blijkt expliciet dat *Maßgeblichkeit* uitvoerbaarheid, eenvoud en uniformiteit tot doel had. Het aansluiten bij het commerciële winstbegrip zorgt mijns inziens voor een verbetering ten aanzien van de fiscaal-beleidsanalytische toets (uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid) en de fiscaal-wetstechnische toets (eenvoud, duidelijkheid, toegankelijkheid). Daarnaast zal er ook sprake zijn van een toename van de onderlinge samenhang (meer samenhang tussen de bedrijfseconomie en de fiscaliteit; onderdeel van de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader). Het is echter opmerkelijk te noemen dat juist ook in Duitsland een tendens is waar te nemen dat het fiscale winstbegrip zich los van het commerciële winstbegrip verder ontwikkelt. Dit is deels te wijten aan de wetgever die fiscaal gezien, om al dan niet (politieke) sturende en/of budgettaire redenen afwijkt van de commerciële regels. Daarnaast wijkt de in Duitsland van oudsher continentale methode van winstberekening (volgens het Rijnlandse model) af van de internationale meer geaccepteerde Angelsaksische methode (zoals IFRS).

Het Duitse fiscale winstbegrip sluit mijns inziens niet beter of slechter aan bij het fiscale winstbegrip in het CCTB-voorstel. Zoals in hoofdstuk 5.2.3.2 al aangegeven, is het opvallend dat in het CCTB-voorstel geen enkele verwijzing is te vinden naar nationale, dan wel internationaal aanvaarde accountingstandaarden (zoals IAS/IFRS). Volgens de inschatting van Essers⁶⁷¹ zou de Europese Commissie anders het verwijt kunnen krijgen dat zij via het CCTB-voorstel probeert te bewerkstelligen wat zij met de IAS-verordening niet voor elkaar kreeg, namelijk de harmonisatie van de winstvaststellingsregels voor alle jaarrekeningen in de EU. Essers pleit voor een stelsel waarin alleen op IAS/IFRS kan worden teruggevallen als zowel de in het CCTB-voorstel opgenomen definities en specifieke bepalingen als de algemene uitgangspunten en beginselen van de CCTB geen oplossing bieden. Ook Eggert wijst erop dat IFRS eigenlijk de enige mogelijkheid is voor de uitleg van het CCTB fiscale winstbegrip als de CCTB zelf geen oplossing biedt. Anders zou namelijk iedere lidstaat weer terugvallen op eigen nationale invulling van de regels, hetgeen juist indruist tegen de gedachte van de CCTB.⁶⁷²

Invoering van internationale accounting standaarden, zoals de IFRS in 2005 heeft er mijns inziens voor gezorgd dat het verschil tussen Nederland en Duitsland – wat betreft de verhouding tussen het commerciële en fiscale winstbegrip – kleiner is geworden. IFRS krijgt in de fiscaliteit steeds meer aandacht en ik verwacht dat zowel de Nederlandse als Duitse wetgever en rechter in de toekomst IFRS meer als inspiratiebron gaan gebruiken voor de verdere invulling van het fiscale winstbegrip.

⁶⁷¹ P.H.J. Essers, De stiefmoederlijke behandeling van IAS/IFRS in het CCTB-voorstel, WFR 2017/64.

⁶⁷² A. Eggert, Die Gewinnermittlung nach dem Richtlinien-vorschlag über eine Gemeinsame Konsolidierte Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage, Rechtsordnung und Steuerwesen, Band 48, 2015, blz. 154.

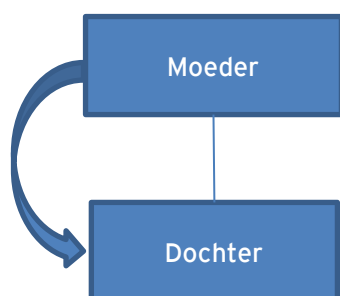
Voor de toekomst lijkt het mij, zoals ik in hoofdstuk 5.2.3.2 reeds heb aangegeven, aanbevelenswaardig dat er één uniform commercieel en fiscaal (EU wettelijk vastgelegd) winstbegrip komt dat is gebaseerd op going-concern waardering. Hoe lastig dat zal zijn blijkt wel uit het feit dat er (nog steeds) geen overeenstemming is over harmonisatie van winstvaststellingsregels voor alle jaarrekeningen in de EU noch over een C(C)CTB.

5.4.3 Schematisch overzicht huidige overeenkomsten en verschillen

	Nederland	Duitsland
Fiscaal winstbegrip	Uitgangspunt "principle-based" benadering	Uitgangspunt "rule-based" benadering
Totaalwinst	Totaalwinstbegrip: "gezamenlijke voordelen"	<i>Objektive Nettoprinzip</i> : "netto baten"
Jaarwinst	Wettelijke bepalingen in zowel VPB als IB; Goed koopmansgebruik (open norm door rechter nader ingevuld)	Gedetailleerde wettelijke bepalingen in zowel <i>KStG</i> als <i>EStG</i>
Verhouding commercieel en fiscaal winstbegrip	Historisch gezien onafhankelijke ontwikkeling van elkaar. Wel bij beide bedrijfseconomie als uitgangspunt	Historisch gezien sterk afhankelijke ontwikkeling van elkaar
Commercieel winstbegrip	Angelsaksisch: gericht op aandeelhouder (true and fair view is leidend)	Continentaal: gericht op crediteurenbescherming (voorzichtigheid is leidend)
Fiscaal winstbegrip	Sterke autonomie ontwikkeling door Angelsaksisch model en late invoering winstbelasting van lichamen	Sterke verhouding met commercieel winstbegrip (<i>Maßgeblichkeit</i>) door continentaal model en veel langere geschiedenis van winstbelasting van lichamen
Toekomst	IFRS als inspiratiebron	IFRS als inspiratiebron

5.4.4 Bijlage: Fiscale correcties onzakelijk handelen (informele kapitaal (*verdeckte Einlage*) en verkapt dividend (*verdeckte Gewinnausschüttung*))

Naast bovenstaande overeenkomsten en verschillen vind ik het relevant om de hoofdpunten weer te geven van de fiscale behandeling van correcties van onzakelijke handelen tussen een moedermaatschappij en dochtermaatschappij in Nederlande respectievelijk Duitsland. De fiscale gevolgen van onzakelijk handelen verschillen namelijk van elkaar. In onderstaande voorbeelden ga ik uit van een moedermaatschappij die een lening heeft verstrekt aan een dochtermaatschappij. De feiten en omstandigheden wijken in de verschillen situaties af, zoals beschreven in het overzicht. Volledigheidshalve merk ik op dat ik hier niet inga op de onzakelijke lening problematiek. Deze problematiek wordt nader besproken in hoofdstuk 7.



Situatie 1: Lening van moedermaatschappij naar dochtermaatschappij in Duitsland respectievelijk Nederland. <ul style="list-style-type: none"> • Overeengekomen rente is 2%. • Marktrente (at arm's length) zou 6% zijn. • Bevoordeling van de dochter. 		
	Nederland	Duitsland
Rentecorrectie ?	Wel (rente)correctie bij de moeder en de dochter op grond van art. 8b Wet VPB 1969. Bij de moeder 6% rente belast en bij de dochter 6% rente aftrekbaar.	Geen rentecorrectie bij de moeder en dochter. Bij de moeder blijft 2% rente belast en bij de dochter 2% rente aftrekbaar.
Informele kapitaalstorting ?	Wel informele kapitaalstorting ter grootte van bevoordeling van 4%.	Geen informele kapitaalstorting (<i>verdeckte Kapitaleinlage</i>)

Situatie 2: Lening van moedermaatschappij naar dochtermaatschappij in Duitsland respectievelijk Nederland. <ul style="list-style-type: none"> • Overeengekomen rente is 9%. • Marktrente (at arm's length) zou 6% zijn. • Bevoordeling van de moeder. 		
	Nederland	Duitsland
Rentecorrectie ?	Wel (rente)correctie bij de moeder en de dochter op grond van art. 8b Wet VPB 1969. Bij de moeder 6% rente belast en bij de dochter 6% rente aftrekbaar.	Wel (rente)correctie bij de moeder en de dochter. Bij de moeder 6% rente belast en bij de dochter 6% rente aftrekbaar.
Verkapt dividend ?	Wel verkapt dividend, ter grootte van de bevoordeling van 3%. Bij de moeder is 3% verkapt dividend in beginsel belast (valt onder deelnemingsvrijstelling art. 13 Wet VPB 1969). Bij de dochter is 3% verkapt dividend niet aftrekbaar.	Wel verkapt dividend (<i>verdeckte Gewinnausschüttung</i>) ter grootte van de bevoordeling van 3%. Bij de moeder is 3% verkapt dividend in beginsel belast (valt onder 95% deelnemingsvrijstelling §8b KStG). Bij de dochter is 3% verkapt dividend niet aftrekbaar.

Situatie 3: Lening van moedermaatschappij naar buitenlandse dochtermaatschappij <ul style="list-style-type: none"> • Overeengekomen rente is 2%. • Marktrente (at arm's length) zou 6% zijn. • Bevoordeling van de dochter. 		
	Nederland (Nederlandse moeder)	Duitsland (Duitse moeder)
Rentecorrectie ?	Wel (rente)correctie bij de moeder en de dochter op grond van art. 8b Wet VPB 1969. Bij de moeder 6% rente belast.	Wel rentecorrectie bij de moeder op grond van §1 AStG. Bij de moeder 6% rente belast.
Informele kapitaalstorting ?	Wel informele kapitaalstorting ter grootte van bevoordeling van 4%.	Geen informele kapitaalstorting (<i>verdeckte Kapitaleinlage</i>)

Situatie 4: Lening van moedermaatschappij naar buitenlandse dochtermaatschappij <ul style="list-style-type: none"> • Overeengekomen rente is 9%. • Marktrente (at arm's length) zou 6% zijn. • Bevoordeling van de moeder. 		
	Nederland (Nederlandse moeder)	Duitsland (Duitse moeder)
Rentecorrectie ?	Wel (rente)correctie bij de moeder en de dochter op grond van art. 8b Wet VPB 1969. Bij de moeder 6% rente belast.	Wel rentecorrectie bij de moeder op grond van §1 AStG. Bij de moeder 6% rente belast.
Verkapt dividend ?	Wel verkapt dividend, ter grootte van de bevoordeling van 3%. Bij de moeder is 3% verkapt dividend in beginsel belast (valt onder deelnemingsvrijstelling art. 13 Wet VPB 1969).	Wel verkapt dividend (<i>verdeckte Gewinnausschüttung</i>) ter grootte van de bevoordeling van 3%. Bij de moeder is 3% verkapt dividend in beginsel belast (valt onder 95% deelnemingsvrijstelling §8b KStG).

6 Verliesverrekening

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal ik onderzoek doen naar de binnenlandse verliesverrekeningsregels in Nederland en Duitsland. In hoofdstuk 6.2 zal ik ingaan op de Nederlandse wettelijke bepalingen, wetshistorie en systematiek in de vennootschapsbelasting wat betreft verliesverrekening bij lichamen. Daarbij behandel ik achtereenvolgens de verliesverrekeningstermijnen (hoofdstuk 6.2.2), de beperking van houdster- en financieringsverliezen (6.2.3) en de regeling om handel in verlieslichamen te voorkomen (hoofdstuk 6.2.3). Naar aanleiding van deze uiteenzetting behandel ik in hoofdstuk 6.2.4 de discussiepunten in Nederland ten aanzien van de verliesverrekeningsregels, zijnde de inbreuk van de verliesverrekeningstermijnen op de totaalwinstgedachte; de houdbaarheid van de houdster- en financieringsverliesregeling in het algemeen; en de inbreuk van de regeling ter voorkoming van de handel in verlieslichamen op het wettelijke systeem van de Wet VPB 1969, waarbij het niet past om rekening te houden met de achterliggende aandeelhouders van een verlieslichaam. Deze discussiepunten analyseer ik in het licht van mijn in hoofdstuk 1.3.2.4 opgestelde toetsingskader. Vervolgens zal ik in hoofdstuk 6.3 ingaan op de huidige wettelijke bepalingen, wetshistorie en systematiek in de *Körperschaftsteuer* wat betreft de verliesverrekening bij lichamen. Daar waar relevant, zal ik ook ingaan op de verliesregels in de *Gewerbesteuer*. Bij de behandeling van de Duitse verliesverrekeningsregels zal eenzelfde hoofdstukindeling worden gehanteerd als bij de Nederlandse uiteenzetting. Het onderzoek naar de systematiek en invulling van de verliesverrekeningsregels in Duitsland heeft als doel om een analyse te kunnen maken hoe Duitsland met de in hoofdstuk 6.2.4 benoemde (Nederlandse) discussiepunten omgaat en of aldaar rechtsregels of ontwikkelingen ten aanzien van deze discussiepunten aanbevelenswaardig voor Nederland zouden kunnen zijn. Dit toets ik wederom aan de hand van mijn in hoofdstuk 1.3.2.4 opgestelde toetsingskader.

In dit hoofdstuk zal ik in principe niet of nauwelijks ingaan op de problematiek omtrent grensoverschrijdende verliesverrekening, de liquidatieverliesregeling (zie hoofdstuk 8.2.4.3), verrekening van fiscale eenheid verliezen (zie hoofdstuk 9), verliesverrekening bij fusie en splitsing (zie hoofdstuk 10) en verliezen geleden door een vaste inrichting. Ook zullen de formele aspecten rondom het vaststellen van een verlies niet nader worden besproken. In dit hoofdstuk zal verder ook niet worden ingegaan op de vraag of beide landen voldoen aan de Marks & Spencer⁶⁷³ uitkomst, inhoudende dat de definitief geleden verliezen van een dochtermaatschappij altijd ergens verrekend moeten kunnen worden. De Nederlandse staatssecretaris denkt aan de uitkomst te voldoen, vanwege de liquidatieverliesregeling (art. 13d Wet VPB 1969). Het is echter de vraag of deze regeling afdoende is; de discussie hierover in de literatuur is omvangrijk.⁶⁷⁴ Duitsland heeft nog helemaal niet gereageerd op de uitkomst van Marks & Spencer en heeft aangegeven eerst te willen afwachten totdat er meer duidelijkheid is over hoe deze uitspraak moet worden uitgelegd.⁶⁷⁵ In hoofdstuk 8, bij de bespreking van de Nederlandse liquidatieverliesregeling, zal ik nog nader op dit aspect ingaan. Tot slot merk ik op dat er in beide landen een sterke samenhang is tussen de verliesverrekeningsregels in de vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting, respectievelijk *Körperschaftsteuer* en

⁶⁷³ HvJ EG 13 december 2005, nr. C-446/03, V-N 2005/60.15.

⁶⁷⁴ Zie bijvoorbeeld E.C.C.M. Kemmeren, Marks & Spencer: balanceren op grenzeloze verliesverrekening, WFR 2006/211 en G.T.K. Meussen, Fiscale eenheid en grensoverschrijdende verliesverrekening na Marks & Spencer, WFR 2005/752.

⁶⁷⁵ De Duitse wetgever is van mening dat bijvoorbeeld nog niet duidelijk is wat precies onder definitief geleden verliezen moet worden verstaan. Zie bijv. Bundesministerium der Finanzen, Prüfbericht 'Verlustverrechnung und Gruppenbesteuerung', 10-11-2011, blz. 68. Het feit dat Duitsland geen rekening houdt met in het buitenland definitief geleden verliezen wordt in de Duitse literatuur veelvuldig bekritiseerd, bijvoorbeeld, N. Herzig, Aktuelle Entwicklungen bei §8b KStG und §3c EStG, DB 2003, blz. 1459-1467. Aan de andere kant kan naar aanleiding van het Timac-Agro arrest (HvJ 17 december 2015, zaak C-388/14, (Timac Agro)) afgevraagd worden in hoeverre het EU-recht definitieve verliezen in aftrek moet toestaan. Zie hieromtrent ook S. Wolvers, Timac Agro: einde van de stakingsverliesregeling? NTFR 2016/1355. Het *Bundesfinanzhof* besliste op 22 februari 2017 in ieder geval dat Duitsland de finale verliezen uit een Italiaanse vaste inrichting van een Duitse belastingplichtige niet in aftrek hoeft te laten (BFH 22.02.2017, I R 2/15, DStR 17,1145).

Einkommensteuer. Deze samenhang zal ik niet expliciet uitwerken, doch slechts daar waar relevant toelichten. Ik heb er voor gekozen niet op de genoemde problematiek in te gaan, omdat anders mijn onderzoek te omvangrijk zou worden.

6.2 Nederland

6.2.1 Verliesverrekeningstermijnen

6.2.1.1 Historische ontwikkeling en ratio

Lichamen kunnen niet alleen winst maken maar ook verlies lijden. Op grond van de totaalwinstgedachte (over de gehele levensduur van een lichaam niet meer en niet minder belasten dan de totale winst) zou opgemaakt kunnen worden dat verliezen steeds volledig dienen te kunnen worden verrekend met winsten. De wetgever heeft echter niet gekozen voor in de tijd onbeperkte terug- en vooruitwenteling van verliezen. De Nederlandse wetgever kent historisch gezien een gevarieerd beleid met betrekking tot de verliesverrekeningstermijnen (met name ten aanzien van de voorwaartse verliesverrekening). Onder de Wet Dividend - en Tantiëmebelasting 1917 werden winsten van lichamen pas belast bij uitkering. Voorwaartse verliescompensatie was daardoor impliciet onbeperkt in de tijd.

Vanaf het Besluit Winstbelasting 1940 werd de bedrijfswinst van de lichamen als zelfstandig object in de belastingheffing betrokken en vanaf dat moment zijn de achterwaartse verliesverrekeningstermijnen (tussen geen en 3 jaar) en voorwaartse verliesverrekeningstermijnen (tussen 2 en onbeperkt) in de tijd diverse malen aangepast. Uit het door Post opgestelde historisch overzicht is op te maken dat de verliesverrekeningstermijnen in de loop van de geschiedenis ruimer zijn geworden tot aan de Wet werken aan winst. Per 1 januari 2007 zijn de verliesverrekeningstermijnen (die nu ook nog steeds geldend recht zijn) beperkt en constateert Post dat Nederland daarmee een stap terug zet in de tijd.⁶⁷⁶ Door de wetgever zijn in het verleden diverse argumenten aangevoerd om een beperking aan te brengen in de periode waarin verliezen verrekend kunnen worden. Deze zal ik nader toelichten in hoofdstuk 6.2.4.1.

6.2.1.2 Huidige kenmerken

De huidige Nederlandse verliesverrekeningstermijnen (art. 20 lid 1 Wet VPB 1969) kennen we vanaf 1 januari 2007 en zijn als grondslagverbredende maatregel ingevoerd bij de Wet Werken aan winst. De regels behelzen een achterwaartse verliesverrekeningstermijn van één jaar en een voorwaartse verliesverrekeningstermijn van negen jaar. In het kader van de financiële en economische crisis gold in de periode 2009-2011 een mogelijkheid om verliezen 3 jaar achterwaarts te verrekenen met een maximum van EUR 10 miljoen per jaar. In ruil daarvoor gold een voorwaartse verliesverrekeningstermijn van 6 jaar. Op 10 oktober 2017 heeft de nieuwe regering het regeerakkoord voor de komende vier jaren bekend gemaakt, met daarin de nodige fiscale plannen. In het regeerakkoord is opgenomen dat de huidige verliesverrekeningsmogelijkheid wordt versoerd, inhoudende dat de carry-forward mogelijkheid van negen jaar naar zes jaar gaat.

In de praktijk zijn vanwege de voorwaartse beperking van verliesverrekening de mogelijkheden om verliesverdamming te voorkomen (ook wel verliesverjongingsstrategieën genoemd) van belang.⁶⁷⁷ Indien er in meerdere jaren verliezen zijn geleden, worden de verliezen verrekend in de volgorde

⁶⁷⁶ Voor een uitgebreid historisch overzicht verwijs ik naar D.R. Post, De invloed van belangenwijzigingen op verliesverrekening, Fiscale wetenschappelijke reeks nr. 20, SDU, 2012, blz. 48-77 en voor een kort overzicht naar D.R. Post, Verliescompensatie en totaalwinst: meer dan een mythe? Een zoektocht naar de ratio van verliescompensatie, WFR 2006/433, paragraaf 3 en 6.

⁶⁷⁷ Deze mogelijkheden zal ik in mijn onderzoek niet verder uitwerken. Ik verwijs bijvoorbeeld naar D.R. Post, Methoden ter voorkoming van verliesverdamming, TFO 2011/145. In paragraaf 13.2.1. van het boek Hoofdzaken Vennootschapsbelasting, FED fiscale Studieseries nr. 31, Kluwer 11^e druk 2015 van J.A.G. van der Geld, staat weergegeven of een stelsel mag worden gewijzigd om verliesverdamming te voorkomen. Zie ook het besluit van 16 februari 2012, nr. BLKB 2012/8M, BNB 2012/98, waarin onder meer onderdelen zijn opgenomen over de mogelijkheden voor (op)waarderen van voorraden en bedrijfsmiddelen en over stelselwijziging bij dreigende verliesverdamming.

waarin ze zijn geleden. De oudste verliezen worden dus verplicht het eerst verrekend (art. 20 lid 7 Wet VPB 1969). Nederland kent geen verliesverrekeningstemporisering en geen absoluut maximaal te verrekenen bedrag.

6.2.2 Houdster- en financieringsverliezen

6.2.2.1 *Historische ontwikkeling en ratio*

De houdster- en financieringsverliesregeling is relatief nieuw in de vennootschapsbelasting (vanaf 1 januari 2004) en ingevoerd als reactie op het Bosal-arrest⁶⁷⁸, waarin het Europese Hof van Justitie bepaalde dat het niet in aftrek toelaten van de rentelasten (louter) ten aanzien van buitenlandse deelnemingen strijdig was met het Europese recht. In het toenmalige art. 13 lid 1 Wet VPB 1969 waren deze rentelasten effectief uitgesloten, omdat deze niet middellijk dienstbaar waren aan het behalen van in Nederland belastbare winst. De wetgever koos er na de Bosal uitspraak voor om voortaan alle rentelasten ten aanzien van zowel binnenlandse als buitenlandse deelnemingen in aftrek toe te laten. Deze keuze brengt met zich mee dat de aftrekbare rente bij houdster - en / of financieringsvennootschappen - door veelal het gebrek aan (andere) activiteiten - tot verliezen zou leiden. De wetgever wilde niet dat deze verliezen te verrekenen zouden zijn door de inbreng van winstgevendende operationele activiteiten. De Nederlandse heffingsgrondslag zou worden uitgehold indien activiteiten waarvan de winst voordien reeds in Nederland in de heffingsgrondslag werd betrokken, zouden kunnen worden verrekend.⁶⁷⁹ Tevens werd per 1 januari 2004 als gevolg van het Bosal-arrest een thincap-regeling (art. 10d Wet VPB 1969 oud) ingevoerd. Deze generieke renteaftrekbepijking werd per 1 januari 2013 vervangen door de aftrekbepijking op bovenmatige deelnemingsrente (art. 13l Wet VPB 1969, zie ook hoofdstuk 7.2.3.5).

Houdstervenootschappen met binnenlandse deelnemingen hebben de mogelijkheid een fiscale eenheid aan te gaan met die deelnemingen, waardoor zij onder het bereik van de beperking zouden kunnen uitkomen. Houdstervenootschappen met buitenlandse deelnemingen hebben deze mogelijkheid niet. De Hoge Raad oordeelde in BNB 2011/244⁶⁸⁰ onder andere dat er geen sprake was van strijd met EU-recht, verwijzend naar het X-Holding-arrest.⁶⁸¹ Dit arrest van de Hoge Raad kan inmiddels als achterhaald worden beschouwd. Het Europese Hof van Justitie heeft op 2 september 2015 het arrest gewezen in de Groupe Steria zaak.⁶⁸² Dit arrest is ook van belang gebleken voor de Nederlandse fiscale eenheid. Op 22 februari 2018 besliste het Europese Hof van Justitie in twee Nederlandse zaken dat uit het Groupe Steria arrest voortvloeit dat in beginsel van elk voordelig element van de Nederlandse fiscale eenheid bepaald zal moeten worden of er een geldige rechtvaardiging is om het voordeel (van de opgaan in gedachte) te beperken tot binnenlandse situaties.⁶⁸³ Het ministerie van Financiën heeft spoedreparatiwetgeving aangekondigd die terugwerkt tot 25 oktober 2017, 11:00 uur (de datum van de conclusie van de Advocaat-Generaal van het Europese Hof van Justitie). De spoedreparatiemaatregelen houden in wezen dat voor de toepassing van bepaalde regelingen voortaan gedaan zal moeten worden alsof er geen fiscale eenheid bestaat. Ik vind het opmerkelijk dat art. 20 lid 4 t/m 6 Wet VPB 1969 daarbij niet is genoemd. In hoofdstuk 9 wordt uitgebreid nader ingegaan op de gevolgen van de per-element benadering voor het fiscale eenheidsregime.

⁶⁷⁸ HvJ EU van 18 september 2003, nr. C-168/01, BNB 2003/344.

⁶⁷⁹ Kamerstukken II, 2003/2004, 29210, nr. 8, blz. 12.

⁶⁸⁰ HR 24 juni 2011, nr. 09/05115, BNB 2011/244.

⁶⁸¹ HvJ EU 25 februari 2010, nr. C-337/08, BNB 2010/166c.

⁶⁸² HvJ EU 2 september 2015, nr. C-386/14.

⁶⁸³ HvJ EU, 22 februari 2018, nr. C-398/16 en C-399/16, V-N 2018/11.14. Voor de prejudiciële vragen die de Hoge Raad aan het Europese Hof van Justitie stelde zie Hoge Raad 8 juli 2016, nr. 15/00878, V-N 2016/36.10, Hoge Raad 8 juli 2016, nr. 15/00194, V-N 2016/36.9.

6.2.2.2 Huidige kenmerken

De verliesverrekeningsbeperking voor houdster- en financieringslichamen is opgenomen in art. 20 lid 4 t/m 6 Wet VPB 1969. De kern van de regeling houdt in dat houdster- en/of⁶⁸⁴ financieringsmaatschappijen hun verliezen slechts mogen verrekenen met hun winsten van andere jaren, indien de activiteiten niet zijn gewijzigd en er ook geen verschuiving heeft plaatsgevonden van houdster- naar financieringsactiviteiten. Van een houdster- en/of concernfinancieringsmaatschappij is sprake indien de feitelijke werkzaamheden van een lichaam voor 90% of meer bestaan uit het houden van deelnemingen of het (direct of indirect) financieren van concernmaatschappijen. De 90% of meer ziet zowel op "het jaar" als de "feitelijke werkzaamheid".

Vanaf 1 januari 2016 heeft de wetgever in lid 6 als reparatie van Hoge Raad arresten⁶⁸⁵ toegevoegd dat perioden waarin voorbereidende en afrondende werkzaamheden plaatsvinden en perioden van inactiviteit in aanloop naar of na afloop van houdster- of financieringswerkzaamheden beschouwd worden als perioden waarin houdster- of financieringswerkzaamheden plaatsvinden. Indien ten minste 25 fulltime medewerkers in dienst zijn, die zich met andere zaken dan de houdster- en/of concernfinancieringsactiviteiten bezighouden, is bij wetsfictie nooit sprake van "besmette" activiteiten die de kwalificatie houdster- en/of concernfinancieringsmaatschappij opleveren. Het inbrengen van financieringsactiviteiten in een houdster- of financieringsmaatschappij is - voor verliesverrekeningsdoeleinden - niet toegestaan (lid 4, onderdeel b). Deze bepaling poogt te voorkomen dat het concern elders in Nederland uitstaande leningen onderbrengt in de houdster- of financieringsmaatschappij teneinde de rentebaten op deze uitstaande leningen te kunnen verrekenen met de aanwezige houdster- of financieringsverliezen, tenzij belastingplichtige aannemelijk maakt dat de wijziging van bedoelde saldo niet in overwegende mate is gericht op verruiming van de verliesverrekening.

6.2.3 Handel in verlieslichamen

6.2.3.1 Historische ontwikkeling en ratio

Als een vennootschap jarenlang verliezen heeft geleden, kan er een moment komen waarop de aandeelhouders tot de conclusie komen dat het beter is de (ondernemings)activiteiten van de vennootschap te beëindigen. De gedurende de verliesjaren van zo'n vennootschap opgebouwde verrekenbare verliezen gaan hiermee echter niet verloren. Pas als de subjectieve belastingplicht eindigt, bijvoorbeeld omdat de vennootschap wordt geliquideerd of ontbonden, gaan de verrekenbare verliezen van de vennootschap verloren. Door de aandelen in zo'n verlies-BV over te dragen aan een nieuwe aandeelhouder zouden deze verliezen kunnen worden benut als deze nieuwe aandeelhouder winstgevende activiteiten inbrengt in de verliesvennootschap. Zonder een expliciete wettelijke maatregel zou de fiscus niet op kunnen treden tegen een fiscaal geïndiceerde wisseling van aandeelhouders of belanghebbenden bij het lichaam die erop gericht is om gebruik te maken van de te verrekenen verliezen van dat lichaam. Een regeling voor het tegengaan van handel in verlieslichamen bestaat sinds invoering van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. In de periode daarvoor werd volgens Post op grote schaal getracht op enigerlei wijze gebruik te maken van onbenutte verliezen, die als gevolg van een beperkte termijn van verliesverrekening dreigden te verdampen.⁶⁸⁶ Pogingen van de Belastingdienst om de handel in verlieslichamen tegen te gaan mislukten. Na het verlies van een procedure in 1958⁶⁸⁷ vaardigde de Staatssecretaris van Financiën een resolutie⁶⁸⁸ uit waarin de staatssecretaris een machtiging verleende om richtige heffing of het leerstuk van wetsontduiking toe te passen in het geval er sprake was van handel in verlieslichamen. In de resolutie werd expliciet opgemerkt dat het ging om een strijd tegen het misbruiken van het

⁶⁸⁴ De Hoge Raad (in HR 24 juni 2011, nr. 09/05115, BNB 2011/244) is van mening dat ondanks de andersluidende wettekst de bepaling geldt voor lichamen die houdster- en/of financieringsactiviteiten verrichten. Bedoeld is 'en/of' en niet 'of'.

⁶⁸⁵ HR 19 september 2014, nr. 13/03611, nr. 13/03973, nr. 13/03975, nr. 13/03979, BNB 2014/247, BNB 2014/248, BNB 2014/249, BNB 2014/250.

⁶⁸⁶ D.R. Post, de handel in verlieslichamen en de houdsterverliesregeling, FM nr. 98, Kluwer 2009, paragraaf 1.1.

⁶⁸⁷ HR 31 december 1958, nr. 13747, BNB 1959/64.

⁶⁸⁸ Resolutie van 13 maart 1962, nr. B2/4269, BNB 1962/206.

overnemen van alle of nagenoeg alle aandelen in een NV met nog verrekenbare verliezen én welke haar bedrijf geheel of nagenoeg geheel heeft gestaakt.

Het sinds 1970 wettelijk ingevoerde art. 20 lid 5 Wet VPB 1969 werd in 2001 aangepast en vervangen door het huidige art. 20a Wet VPB 1969. Deze vervanging was de grootste wetswijziging ten aanzien van de regeling om handel in verlieslichamen tegen te gaan. De oude regeling kende een aantal kritiekpunten; met name BNB 1995/20 en BNB 1997/89⁶⁸⁹, waarin de Hoge Raad oordeelde dat het bepaalde in art. 20 lid 5 Wet VPB 1969 niet van toepassing is indien het lichaam nimmer een onderneming in materiële zin heeft gedreven, was aanleiding voor de wetgever om een wetswijziging door te voeren.⁶⁹⁰ De laatste relevante wetswijziging is geldend vanaf 1 januari 2011, waarmee de wetgever een arrest van de Hoge Raad⁶⁹¹ repareerde door te bepalen dat de resultaten *tot aan de wijziging van het uiteindelijke belang* onder de sanctie van art. 20a Wet VPB 1969 vallen.

Naar aanleiding van de uitspraak van het Europese Hof van Justitie op 22 februari 2018, waarin het Europese Hof bevestigt dat de per-element-benadering ook geldt voor het Nederlandse fiscale eenheidsregime, heeft het ministerie van Financiën via een persbericht laten weten dat het met spoedreparatiewetgeving wil komen die terugwerkt naar 25 oktober 2017, 11:00 uur. De spoedreparatiemaatregelen houden in dat voor de toepassing van bepaalde regelingen voortaan gedaan moeten worden alsof er geen fiscale eenheid bestaat. Het ministerie noemt hierbij onder andere art. 20a Wet VPB 1969. Zie hoofdstuk 9 voor een nadere uiteenzetting van het arrest en de gevolgen voor het fiscale eenheidsregime.

6.2.3.2 Huidige kenmerken

De huidige regeling ter voorkoming van handel in verlieslichamen is opgenomen in art. 20a Wet VPB 1969. De hoofdregel is dat alle verliezen van een vennootschap geleden tot aan de aandeelhouderswijziging niet meer verrekenbaar zijn, indien het uiteindelijke belang in belangrijke mate (ten minste 30%) is gewijzigd.⁶⁹² De uitzonderingen, waardoor verliezen toch (deels) verrekenbaar zijn, zijn als volgt:

- De aandeelhouderswijziging vloeit voort uit een overgang krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht (lid 2a);
- Een grootaandeelhouder (ten minste een derde belang) breidt zijn belang in de vennootschap uit (lid 2b)⁶⁹³;
- De belastingplichtige is niet bekend of had niet bekend kunnen zijn met het feit dat het uiteindelijke belang in de belastingplichtige in belangrijke mate is gewijzigd (lid 3; dit speelt bij beursvennootschappen);
- De bezittingen van belastingplichtige bestaan gedurende ten minste 9 maanden van het betreffende jaar, niet grotendeels (meer dan 50%) uit beleggingen (lid 4a, beleggingstoets);
- De werkzaamheden van belastingplichtige zijn ten opzichte van het oudste verliesjaar niet met meer dan 70% afgenomen (lid 4b, inkrimpingstoets)
- Voor zover winsten en inkomens zijn toe te rekenen aan werkzaamheden die reeds aanwezig waren direct voorafgaande aan de aandeelhouderswijziging kunnen de verliezen verrekend worden (lid 11);

⁶⁸⁹ HR 9 november 1994, nr. 29675, BNB 1995/20; HR 29 januari 1997, nr. 31847, BNB 1997/89.

⁶⁹⁰ Zie voor een korte uiteenzetting over de verschillen tussen art. 20 lid 5 Wet VPB 1969 (oud) en art. 20a Wet VPB 1969 o.a. J.A.G. van der Geld, Hoofdzaken Vennootschapsbelasting, FED Fiscale Brochures nr. 31, Kluwer, 9^e druk, Kluwer, 2013, paragraaf 13.3.

⁶⁹¹ HR 21 november 2008, nr. 44 044, BNB 2009/42. De Hoge Raad had beslist dat het bij verliesverrekening gaat om boekjaren en dat het lopende resultaat van desbetreffend jaar niet onder art. 20a Wet VPB 1969 valt.

⁶⁹² Met het begrip uiteindelijk belang is bedoeld dat door de gehele schakel van vennootschappen moet worden doorgekeken tot uiteindelijk de aandeelhouders-natuurlijke personen (of eventueel stichting). Zie ook onderdeel 2.4 van het besluit 25 februari 2015, nr. BLKB2015/211M, V-N 2015/20.16.

⁶⁹³ Zie hieromtrent ook HR 22 september 2006, nr. 42444, BNB 2007/27, waarin de Hoge Raad het begrip "uiteindelijk belang van een rechtspersoon" interpreteert als de laatste rechtspersoon aan de top van een keten rechtspersonen.

- Voor zover er stille reserve zijn kunnen de verliezen verrekend worden (lid 12, herwaarderingsmogelijkheid bezittingen naar de waarde in het economische verkeer). Voor de praktijk is onder meer het besluit⁶⁹⁴ over art. 20a Wet VPB 1969 van belang, waarin diverse standpunten van de staatssecretaris omtrent deze bepaling zijn opgenomen.⁶⁹⁵

6.2.4 Discussiepunten Nederlandse verliesverrekeningsregels

Uit een analyse van literatuur en jurisprudentie over de Nederlandse verliesverrekeningsregels blijkt mijns inziens dat op hoofdlijnen de volgende discussiepunten kunnen worden gedestilleerd:

- De inbreuk van de verliesverrekeningstermijnen op de totaalwinstgedachte;
- De houdbaarheid van de houdster- en financieringsverliesregeling in het algemeen;
- De inbreuk van de regeling ter voorkoming van handel in verlieslichamen op de VPB-structuur, waarbij het niet past om rekening te houden met de achterliggende aandeelhouders van een verlieslichaam.

Deze discussiepunten zal ik hieronder nader uitwerken en toetsen aan mijn in hoofdstuk 1.3.2.4 besproken toetsingskader, namelijk aan de i. fiscaal-beleidsanalytische toets, ii. fiscaal-juridische toets, iii. fiscaal-wetstechnische toets en iv. internationale/Europese fiscale ontwikkelingentoets.

6.2.4.1 Verliesverrekeningstermijnen en de inbreuk op de totaalwinstgedachte

Het meest in het oog springend bij de verliesverrekeningstermijnen is de inbreuk die de beperking maakt op het totaalwinstbeginsel. Mijns inziens wordt hiermee niet of in mindere mate voldaan aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader.

In de literatuur is vrijwel iedereen het er over eens dat er een relatie bestaat tussen de mogelijkheid tot verliesverrekening en de totaalwinstgedachte. Post⁶⁹⁶ geeft aan dat verliescompensatie naar zijn aard voortspuit uit de totaalwinstgedachte en is evenals bijvoorbeeld Grappenhaus,⁶⁹⁷ Zwemmer⁶⁹⁸ en Essers⁶⁹⁹ van mening dat er op grond van het totaalwinstbeginsel een onbeperkte (in ieder geval voorwaartse) verliesverrekening zou moeten gelden. Hofstra⁷⁰⁰ en De Mooij⁷⁰¹ stellen echter dat de relatie tussen het totaalwinstbeginsel en verliesverrekening niet noodzakelijk leidt naar een recht op een onbeperkte verliescompensatie. Hofstra noemt als mogelijke oorzaak de verjaringsgedachte⁷⁰²

⁶⁹⁴ Besluit 25 februari 2015, nr. BLKB2015/211M, V-N 2015/20.16.

⁶⁹⁵ Een opmerkelijk punt uit het besluit betreft onderdeel 2.5. Is art. 20a Wet VPB 1969 van toepassing op een aangekochte "stille (negatieve) reserve" vennootschap waarvan de activa na de aandelenoverdracht worden verkocht met verlies? De staatssecretaris is van mening dat latente verliezen en winsten ook onder art. 20a vallen. Hij leidt dit af uit de jurisprudentie die is gewezen onder het art. 20 lid 5 besluit. Puur vanuit de ratio van de regeling zou het mijns inziens wenselijk zijn dat ook de handel in stille (negatieve) reserve vennootschappen wordt voorkomen. De wettekst (art. 20a lid 1) heeft het echter duidelijk over "geleden verliezen" en "genoten winsten". Zie onder andere de volgende publicaties die nader op dit punt ingaan: D.R. Post, Het kan wel, maar we doen het niet, NTFR 2017/1617 en R. de Smit, Maakt de Hoge Raad handel in latente winstvennootschappen mogelijk, NTFR 2017/1298.

⁶⁹⁶ D.R. Post, Verliescompensatie en totaalwinst: meer dan een mythe? WFR 2006/433.

⁶⁹⁷ F.H.M. Grapperhaus, In de tijd beperkte verliescompensatie is uit de tijd, WFR 1978/1073 en F.H.M.

Grapperhaus, Onbeperkte voorwaartse verliescompensatie een eis van rechtvaardigheid, WFR 1979/669.

⁶⁹⁸ J.W. Zwemmer, Verliescompensatie, FM, nr. 35, Kluwer, 4^e druk 2003, paragraaf 2.2.

⁶⁹⁹ P.H.J. Essers, Onbeperkte voorwaartse verrekening van ondernemingsverliezen, TFO 1994/217, paragraaf 3.

⁷⁰⁰ H.J. Hofstra, Verrekening van positieve en negatieve inkomens en winsten in de tijd, WFR 1979/5400.

⁷⁰¹ P.J.M. de Mooij, De verrekening van verliezen, te beperkt of terecht beperkt? WFR 1994/261.

⁷⁰² Essers geeft aan dat de door Hofstra verdedigde verjaringsgedachte in de ondernemings sfeer op gespannen voet staat met het gegeven dat verjaring van de claim van de fiscus op uit een grijs verleden daterende stille reserve evenmin mogelijk is. P.H.J. Essers, Onbeperkte voorwaartse verrekening van ondernemingsverliezen, TFO 1994/217, paragraaf 3. Ook Verburg geeft aan dat het argument van Hofstra overtuiging mist, omdat nergens blijkt dat de wetgever van 1969 beperkte verliesverrekening principieel wilde funderen. J. Verburg, Vennootschapsbelasting, Fiscale Handboeken nr. 4, 2000, paragraaf 17.1.

en geeft ook aan dat uit de Memorie van Antwoord op het wetsontwerp-winstbelasting als argument voor een beperkte termijn voor de verliescompensatie tot vijf jaar is aangevoerd dat oude verliezen na verloop van tijd praktisch niet meer worden gevoeld. Bellingwout noemt de relatie tussen verliescompensatie en het totaalwinstbegrip een mythe, gezien alle renteaftrekbepalingen en fictieve winstbijtellingen die in de vennootschapsbelasting bestaan.⁷⁰³

Door de wetgever zijn diverse argumenten aangevoerd om de verliescompensatie te beperken. Zonder uitputtend te willen zijn, is het volgende aangedragen:

- Het hierboven al genoemde “verjarings-argument” door Hofstra. Het verlies zou tevens na verloop van jaren minder worden gevoeld.
- Het praktische (administratieve) argument dat het na een aantal jaren moeilijk is (met name in tijden dat de digitale mogelijkheden beduidend minder aanwezig waren) om nog over de hoogte van het verlies te discussiëren vanwege een gebrekkige (belasting)administratie.⁷⁰⁴
- Bedrijfseconomische argumenten:
 - De lengte van een korte conjunctuurgolf zou lang genoeg zijn om een verlies te compenseren.
 - Het bevorderen van de economische dynamiek. In 2007 werden de verliesverrekeningstermijnen beperkt om daarmee een tariefsverlaging te financieren en volgens de staatssecretaris zou een verschuiving een voordeel betekenen voor winstgevende ondernemingen ten opzichte van langdurig verlieslijdende ondernemingen.⁷⁰⁵
 - Achterwaartse verliesverrekening sluit niet aan bij de bedrijfseconomische realiteit dat verliezen geen consequenties hebben voor het verleden, maar alleen voor de toekomst.
 - De levensvatbaarheid van bedrijven die zijn aangewezen op onbeperkte voorwaartse verliesverrekening is twijfelachtig. Bovendien kan dit vragen oproepen over de verhouding tussen fiscale en bedrijfseconomische resultaten.
- Budgettaire argumenten:
 - Achterwaartse verliesverrekening beïnvloedt belastingopbrengsten relatief sterk in negatieve zin en bij een neergaande conjunctuur kan dit de financiering van de overheidsuitgaven in gevaar brengen.
 - Het financieren van een tariefsverlaging.
- In andere (Europese) landen wordt verliesverrekening ook beperkt.⁷⁰⁶

De staatssecretaris gaf ten aanzien van de beperking van verliesverrekeningstermijnen in 2007 aan dat het hier gaat om een afweging tussen theoretische zuiverheid enerzijds en grondslagverbreding in combinatie met tariefverlaging anderzijds.⁷⁰⁷

De volgende argumenten zijn door de wetgever onder andere aangevoerd om de verliesverrekeningstermijnen te verruimen:

- Op grond van het totaalwinstbeginsel zou er eigenlijk geen beperking in de verliesverrekeningstermijnen mogen worden aangebracht.
- Het voorkomen dat belastingplichtigen op zoek moeten naar een gekunstelde oplossing om verliesvermindering te voorkomen.⁷⁰⁸
- Het verbeteren van het fiscale vestigingsklimaat.

Van der Geld merkt op dat vanuit een economische invalshoek de achterwaartse verliesverrekeningstermijn van één jaar te beperkt is. Carry-back van verlies leidt bij bedrijven in een

⁷⁰³ J.W. Bellingwout, Een win-win alternatief voor verliescompensatie, WFR 2015/1518, paragraaf 2.

⁷⁰⁴ Minister Liefstink in 1950, Verslag mondeling overleg Belastingherziening 1950, nr. 13, blz.12.

⁷⁰⁵ Kamerstukken II, 2005-2006, 30572, nr. 3, blz. 22, 23.

⁷⁰⁶ Kamerstukken II, 2005-2006, 30572, nr. 3, blz. 33, voetnoot 1.

⁷⁰⁷ Kamerstukken II, 2005-2006, 30 572, nr. 8, blz. 59.

⁷⁰⁸ Kamerstukken II, 1994-1995, 23 962, nr. 3.

verliessituatie tot directe teruggaaf van eerder betaalde belasting en dus tot een positieve cashflow van de fiscus op een moment dat men dat in de regel zeer goed kan gebruiken.⁷⁰⁹

Tot slot merk ik op dat het op 25 oktober 2016 door de Europese Commissie voorgestelde CCTB voorstel (zie ook hoofdstuk 2.7.4.1) een onbeperkte carry-forward mogelijkheid kent. In het CCTB-voorstel is geen carry-back mogelijkheid opgenomen.⁷¹⁰

Ik ben het met bovenstaande auteurs eens die voor een (in ieder geval) onbeperkte carry-forward mogelijkheid pleiten, omdat daarmee het meest recht gedaan wordt aan de totaalwinstgedachte (en aan de fiscaal-juridische toets die deel uitmaakt van mijn toetsingskader). Wat betreft de carry-back mogelijkheid is het mijns inziens zinvol deze wettelijk te beperken tot een aantal jaren vanwege uitvoerbaarheid/handhaafbaarheid en eenvoudsredenen (vergelijk de fiscaal-beleidsanalytische toets en fiscaal-wetstechnische toets uit mijn toetsingskader). Een carry-back mogelijkheid van meer dan één jaar zoals Van der Geld voorstelt, past mijns inziens beter bij de fiscaal-juridische toets dan nu het geval is. Het leidt tevens tot een economisch wenselijk anticyclisch effect voor de belastingplichtige en overheid.

6.2.4.2 Houdster- en financieringsverliezen

De regeling om houdster- en financieringsverliezen te beperken, voldoet mijns inziens niet of in mindere mate aan *alle* toetsen uit mijn toetsingskader.

De invoering van de beperking van houdster- en financieringsverliezen heeft louter tot kritiek vanuit de wetenschap en praktijk geleid. De Raad van State merkt op dat de regeling louter pragmatisch lijkt en daardoor willekeurig.⁷¹¹ Post geeft aan dat de houdsterverliesregeling niet of nauwelijks is ingegeven op grond van enig fiscaaltheoretisch fundament en in zoverre gezien dient te worden als een louter budgettaire maatregel.⁷¹² Snel vraagt zich daarbij af of de Bosal-gat ramingen überhaupt zijn uitgekomen, aangezien er geen terugkoppeling heeft plaatsgevonden van de werkelijke cijfers.⁷¹³ Daarbij komt dat de houdster- en financieringsverliesregeling veel ruimer is opgezet dan blijkt de ratio is beoogd. Ook financieringsmaatschappijen zonder deelnemingen, belastingplichtigen die enkel Nederlandse deelnemingen houden en bijvoorbeeld een directeur-grootaandeelhouder die in dienst is bij zijn werkmaatschappij in plaats van zijn persoonlijke houdstermaatschappij⁷¹⁴ worden getroffen door de regeling. Daarnaast is de regeling ook van toepassing als buitenlandse operationele activiteiten worden ingebracht in Nederland gevestigde houdstervenootschappen. Ik vraag mij - samen met Pancham & Kampschroër - af of dat nou zo bezwaarlijk is.⁷¹⁵ Systematisch lijkt de regeling niet goed in het huidige wettelijke systeem te passen, daar bij geen enkele andere regeling in de vennootschapsbelasting bepalend is welke activiteit de betreffende vennootschap uitoefent (behoudens dat in sommige regelingen wat betreft de fiscale gevolgen het uitmaakt of er sprake is van ondernemen of beleggen). A-G Wattel laat ook niets aan duidelijkheid te wensen over; in zijn conclusie bij de bovengenoemde september 2014 arresten noemt hij de houdster- en financieringsverliesregeling een "incident gestuurde, op overleg met belanghebbenden gebaseerde, onsystematische, opportunistisch-budgettaire maatregel".

⁷⁰⁹ J.A.G. van der Geld, Hoofdzaken vennootschapsbelasting, FED fiscale studieseries nr. 31, Kluwer, 2015, 11^e druk, paragraaf 13.2.

⁷¹⁰ Voor een uiteenzetting van de verliesverrekeningsregelingen in het CCTB-voorstel verwijs ik naar D.R. Post, (Grensoverschrijdende) verliescompensatie onder de voorgestelde C(C)CTB, WFR 2017/66.

⁷¹¹ Kamerstukken II, 2003-2004, nr. 29210, nr. 10.

⁷¹² D.R. Post, de handel in verlieslichamen en de houdsterverliesregeling, FM nr. 98, Kluwer 2009, paragraaf 6.2.

⁷¹³ F.P.J. Snel, Waar is het Bosal-gat? Pleidooi voor fact-finding, WFR 2012/1104.

⁷¹⁴ De wetgever heeft een management BV aangemerkt als een vennootschap die zich niet uitsluitend of nagenoeg uitsluitend bezighoudt met het houden van deelnemingen dan wel het financieren van met de belastingplichtige verbonden lichamen. Zie hierover ook J.A. Broos en T. Schoeman, De andere Bosal reparatie, beperking van houdsterverliezen: het kan beter, het moet beter, WFR 2003/1937, paragraaf 3.3.

⁷¹⁵ S.R. Pancham/G.W.J.M. Kampschöer, Beperking verliesverrekening: De "echte" Bosal-reparatie, WFR 2003/1929, paragraaf 2.

Kloosterman & Ruige⁷¹⁶ zijn van mening dat de oorspronkelijke rechtvaardigingsgrond van de regeling – het tegengaan van ongewenste neveneffecten van de volledige aftrekbaarheid van deelnemingskosten – door wetsontwikkelingen is weggefallen. Zij wijzen bijvoorbeeld op het feit dat zowel aankoopkosten als verkoopkosten van deelnemingen sinds 1 januari 2007 niet meer aftrekbaar zijn, de invoering van art. 13l en het feit dat de houdsterverliezen die zijn ontstaan vóór 2004 (als gevolg van de uitkomst van het Bosal-arrest) inmiddels zijn verdampt als gevolg van de beperking van de verliesverrekeningstermijnen. De staatssecretaris denkt daar (tot op heden) anders over. Bij alle bovenstaande genoemde wetswijzigingen wimpelde hij vragen over het bestaansrecht van de regeling af. Bij invoering van art. 13l Wet VPB 1969 gaf hij bijvoorbeeld bij de vraag waarom de houdster- en financieringsverliesbeperking niet is afgeschaft aan dat de regeling losstaat van de beperking van de aftrek van deelnemingsrente en dat bovendien de afschaffing van de regeling zou leiden tot een budgettaire derving.⁷¹⁷

Boven al deze nationaal fiscaal systematische en praktische kritiekpunten komt ook nog een mogelijke strijdigheid met het EU-recht om de hoek kijken. Essers vroeg zich bij invoering van de regeling al af - nadat de regering in de toelichting zelf aangeeft dat de regeling veelal die houdstermaatschappijen zullen treffen die buitenlandse deelnemingen hebben - of we daarmee niet een evidente strijd met de vrijheid van vestiging oproepen.⁷¹⁸ Uit het op 22 februari 2018 gewezen arrest van het Europese Hof van Justitie bevestigt het Europese Hof van Justitie dat de per-element-benadering ook geldt voor het Nederlandse fiscale eenheidsregime.⁷¹⁹ Hoewel art. 20 lid 4 t/m 6 in de twee zaken niet expliciet aan de orde kwam, vloeit mijns inziens uit het arrest voort dat een houdstermaatschappij met een buitenlandse dochtermaatschappij ook een beroep kan doen op toepassing van het fiscale eenheidsregime om zo de beperking van houdster- en financieringsverliezen te kunnen ontlopen.

Kort samenvattend, zou mijns inziens de verliesverrekeningsbeperking voor houdster- en financieringsverliezen moeten worden afgeschaft.

6.2.4.3 De regel tegen handel in verlieslichamen en de inbreuk in de structuur

Diverse auteurs zijn van mening dat de bepaling tegen de handel in verlieslichamen in de Wet VPB 1969 niet past binnen de structuur van de vennootschapsbelasting. De kern van deze kritiek is dat de vennootschapsbelasting een zelfstandige belastingheffing van lichamen betreft, waarbij het principieel niet van belang is wie de aandeelhouders zijn. De regeling maakt daarmee ook een inbreuk op de totaalwinstgedachte, aangezien verliezen die onder de sanctie vallen, definitief niet meer verrekenbaar zijn. Dit betekent mijns inziens dat in mindere mate voldaan wordt aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader.

Brüll is van mening dat wetssystematisch en beginselrechtelijk weinig tegen de handel in lege NV's in te brengen is en dat geen sprake is van misbruik.⁷²⁰ Eenzelfde mening is Van Soest toegedaan, die betoogt dat de vennootschapsbelasting nu eenmaal een belasting is van het juridische lichaam, die naar haar aard geheel los staat van de resultaten die bepaalde natuurlijke personen door hun aandeelhouderschap in dit lichaam bereiken.⁷²¹ Ook Heithuis is van mening dat de vennootschapsbelasting een belasting is van lichamen, ongeacht hun achterliggende aandeelhouders, waarbij het niet past om op een incidenteel onderdeel (verliesverrekening), wel rekening te houden met de achterliggende aandeelhouders.⁷²² O.a. Stevens, Stevens en Post pleiten voor afschaffing van art. 20a Wet VPB 1969 eventueel in combinatie met afschaffing van de liquidatieverliesregeling van art. 13d Wet VPB 1969. Aangezien ook ten aanzien van art. 13d het

⁷¹⁶ V. Kloosterman/P. Ruige, Tijd voor afschaffing van de houdsterverliesregeling? WFR 2015/40, paragraaf 5.

⁷¹⁷ Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 7, blz.26.

⁷¹⁸ P.H.J. Essers, De Bosal-wetgeving en het Titanic-gevoel, WFR 2003/1843.

⁷¹⁹ HvJ EU, 22 februari 2018, nr. C-398/16 en C-399/16, V-N 2018/11.14.

⁷²⁰ D. Brüll, De lege NV met verrekenbare verliezen, WFR 1962/4598.

⁷²¹ A.J. van Soest, Lege naamloze vennootschappen met verrekenbare verliezen, De NV juni 1962.

⁷²² E.J.W. Heithuis, De bijzondere bepaling tegen de handel in verlieslichamen (art. 20a Wet VPB 1969): Vereenvoudiging dringend gewenst! WFR 2005/1532.

standpunt kan worden ingenomen dat deze een inbreuk maakt op de vennootschapsbelastingstructuur omdat de aandeelhouder een verlies van de deelneming in aanmerking mag nemen, pleiten zij ervoor beide regelingen af te schaffen zodat daarmee twee in beginsel binnen het systeem van de vennootschapsbelasting vreemde-eend-in-de-bijt bepalingen uit de VPB verdwijnen.⁷²³

Enkele auteurs nuanceren bovenstaande genoemde inbreuk op de vennootschapsbelastingstructuur. Giele brengt naar voren dat verliezen voor een IB-ondernemer ook niet overdraagbaar zijn en dat er neutraliteit zou moeten bestaan tussen de persoonlijke onderneming en de onderneming die in de NV vorm wordt gedreven. Daarnaast geeft hij aan dat de beperking van de verliesverrekeningstermijnen kan worden gefrustreerd door de handel in verlieslichamen en dat dit vanuit dat oogpunt voor de wetgever onwenselijk is.⁷²⁴ Van Brunschot ziet niet zozeer een inbreuk op de structuur van de vennootschapsbelasting. Volgens hem kan de vennootschapsbelasting als een aanvulling op de inkomstenbelasting worden gezien; hij is van mening dat verliescompensatie bij het staken van de onderneming in principe zou moeten eindigen, tenzij uit het verschil in wezen tussen een natuurlijk persoon en een rechtspersoon het tegendeel zou voortvloeien.⁷²⁵ Van Horzen betoogt dat het de wetgever vrij staat om een inbreuk te maken op de totaalwinstgedachte indien de wijziging in aandeelhouders fiscaal geïndiceerd is in die zin dat de fiscale positie van het lichaam juist de reden is voor de belangenwijziging in het lichaam, een belangenwijziging die niet zou zijn opgetreden indien de fiscale positie van het lichaam een andere zou zijn geweest.⁷²⁶ Van der Geld geeft aan dat het aangevoerde bezwaar dat de regeling een inbreuk maakt op het klassieke stelsel sinds 1997 veel aan kracht heeft ingeboet, omdat dit klassieke stelsel feitelijk voor de aanmerkelijkbelanghouder sinds dat jaar is afgeschaft.⁷²⁷ In het klassieke stelsel worden immers de VPB van de vennootschap en de IB van de aandeelhouders volstrekt onafhankelijk van elkaar geheven. Voor de winstbepalingen van de vennootschap is principieel dan niet van belang wie de aandeelhouders zijn.

De staatssecretaris van Financiën heeft tijdens de parlementaire behandeling bij de totstandkoming van de art. 20 lid 5 Wet VPB 1969 zelf erkend dat hij een regeling invoerde die niet paste in de structuur van de vennootschapsbelasting. In de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de art. 20 lid 5 Wet VPB 1969 geeft hij aan: "ik heb ook erkend dat het een inbreuk op de structuur is, maar in de afweging – aan de ene kant de inbreuk op de structuur van de vennootschapsbelasting en aan de andere kant de vermindering van belastbare winsten met verliezen via aankoop van een verlies-n.v., verliezen welke de belastingplichtige dus niet zelf heeft geleden – gaat mijn keuze heel duidelijk ernaar uit, dat ik dan maar de inbreuk op de structuur van de belasting accepteer ter wille van het beter goed dat onze rechtsorde (...) niet wordt gestoord doordat iemand die een belastbare winst maakt daarover geen belasting betaalt."⁷²⁸

Tot slot merk ik op dat in het CCTB-voorstel van 25 oktober 2016 ook een art. 20a Wet VPB-achtige bepaling is opgenomen (art. 41 lid 3 CCTB-voorstel). Hoewel de gedachte achter de regeling overeenkomt met de Nederlandse bepaling zijn er ook qua vormgeving ook de nodige verschillen. Vermeldingswaard vind ik nog dat Post opmerkt dat landen wereldwijd een bepaling tegen handel in verlieslichamen hebben. In de EU is dat voor maar liefst 21 van de 28 lidstaten het geval.⁷²⁹

⁷²³ L.G.M. Stevens, Omgaan met verliezen, WFR 1995/956; S.A. Stevens, Naar een evenwichtige behandeling van verliezen, WFR 2005/1503 en D.R. Post, Stemp De Tegenpartij: Afschaffen!, NTFR 2014/1875.

⁷²⁴ F.M. Giele, Het overlaten van winst aan een verlies-nv, WFR 1968/2.

⁷²⁵ F.W.G.M. van Brunschot, De NV met gestaakte onderneming en haar verliescompensatie bezien vanuit de inkomstenbelasting, De NV maart 1971, blz. 213.

⁷²⁶ F. van Horzen, Verliesverrekening in de vennootschapsbelasting, Kluwer, 2014, paragraaf 9.2.

⁷²⁷ Sinds dat jaar geldt immers voor alle voordelen die een a.b.-houder uit zijn a.b.- pakket geniet het 25%-IB-tarief. De hoogte van dit tarief is zo vastgesteld omdat de wetgever op forfaitaire wijze rekening wenste te houden met de van de NV of BV al geheven VPB. J.A.G. van der Geld, Hoofdzaken Vennootschapsbelasting, FED Fiscale Studiereseries nr. 31, Kluwer, 11^e druk, 2015, paragraaf 13.4.1.

⁷²⁸ Kamerstukken II, 1968-1969, 6000, 65^e vergadering (handelingen), 11 juni 1969.

⁷²⁹ D.R.Post, (Grensoverschrijdende) verliescompensatie onder de voorgestelde C(C)CTB, WFR 2017/66, paragraaf 3.3.

Nederland loopt dus zeker niet uit de pas met een art. 20a Wet VPB 1969-regeling (vergelijk de internationale/Europese fiscale ontwikkelingskader).

Het bovenstaande overwegende, ben ik van mening dat ondanks een mogelijke inbreuk op de totaalwinstgedachte of het klassieke stelsel, het gerechtvaardigd is dat de wetgever omwille van het voorkomen van misbruik (zijnde een belangenwijziging specifiek gericht op het kunnen gebruik maken van (andermans) verliezen) een regeling ter voorkoming van handel in verlieslichamen heeft ingevoerd. Aan de ene kant is door de inbreuk op de totaalwinstgedachte en het feit dat de bepaling wellicht niet geheel past binnen de structuur er sprake een bepaling die in mindere mate voldoet aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader. Aan de andere kant kan van het tegengaan van de handel in verlieslichamen gezegd worden dat dit vanuit het oogpunt van misbruikbestrijding gerechtvaardigd is. Daarnaast past een regeling ter voorkoming van handel in verlieslichamen in de internationale/Europese fiscale ontwikkelingskader uit mijn toetsingskader, aangezien in het CCTB-voorstel en in maar liefst 21 van de 28 lidstaten een dergelijke antimisbruikbepaling terug te vinden is. Mijns inziens is het bij een antimisbruikbepaling zoals art. 20a Wet VPB 1969 wel belangrijk dat in sterke mate voldaan is aan de fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader, onder meer inhoudende dat de uitwerking van de regeling spoort met de ratio en er geen sprake is van overkill. Uit hoofdstuk 6.2.3 blijkt mijns inziens dat dit in grote lijnen bij het huidige art. 20a Wet VPB het geval is. Ik ben het echter met Post en Stals eens die - de bestaande regeling als uitgangspunt nemend - pleiten voor het opnemen van een tegenbewijsregeling, waarbij een belastingplichtige aannemelijk zou kunnen maken dat zakelijke motieven aan de aandeelhouderswisseling ten grondslag liggen.⁷³⁰

6.3 Duitsland

6.3.1 Verliesverrekeningstermijnen en *Mindestbesteuerung*

6.3.2 Historische ontwikkeling en ratio

De Duitse verliesverrekeningsmogelijkheden kennen een lange historie (vanaf 1925) en worden gekenmerkt door een historische gevarieerdheid. In Duitsland is van oudsher erkend dat verliezen op grond van het gelijkheids- en draagkrachtsbeginsel in aanmerking moeten worden genomen, maar de wetgever heeft in het verleden tot op de dag van vandaag - vanwege budgettaire redenen - met wisselende intensiteit verliesverrekening beperkt.⁷³¹ Vanaf 1975 is er voor het eerst een achterwaartse verliesverrekening mogelijk; in de loop der tijd varieerde deze termijn van 1 tot 2 jaar, gekoppeld aan een maximumbedrag. De voorwaartse verliesverrekening bestaat al veel langer en varieerde tussen drie jaren, vijf jaren en in de tijd onbegrensd.⁷³² Vanaf 1999 geldt de éénjaartermijn voor achterwaartse verliesverrekening met een toenmalige maximum van DM 1 miljoen. Deze is bij de invoering van de euro omgezet in € 511.000 en in 2013 verhoogd naar € 1.000.000.⁷³³

6.3.2.1 Huidige kenmerken

In Duitsland staan de bepalingen omtrent de verliesverrekeningstermijnen van lichamen in het *Einkommensteuergesetz* en in het *Gewerbsteuergesetz*.⁷³⁴ De huidige Duitse

⁷³⁰ D.R. Post/K.P.E. Stals, the tax treatment of corporate losses: a comparative study, Intertax, Vol. 40, 2012, blz. 232-245.

⁷³¹ Blümich/Schlenker, EStG §10d Rn. 1-10.

⁷³² Voor een schematische overzicht verwijst ik naar S. Grottherr, Steht der Verlustvor- und rücktrag steuerpolitisch zur Disposition? (Teil I) BB 46/1998, blz. 2337 e.v.

⁷³³ Voor een historische uiteenzetting zie ook E. Röder, Zur Verfassungswidrigkeit der Mindestbesteuerung (§10d Abs. 2 EStG) und der Beschränkung des Verlustabzugs nach §8c KStG, StuW 1/2012, blz. 18-19.

⁷³⁴ Aangezien de Duitse verliesverrekeningsterminologie bij mij in het begin wat vragen oproepen zal ik hier kort nader op ingaan. De term "*Verlustausgleich*" - waar ik in dit hoofdstuk niet expliciet op inga - wordt gebruikt bij het binnen het jaar kunnen verrekenen van verliezen binnen dezelfde bron ("*horizontaler Verlustausgleich*") en over alle bronnen van inkomen ("*vertikaler Verlustausgleich*"). De term "*Verlustabzug*"

verliesverrekeningstermijnen (§10d EStG en §10a GewStG) behelzen een achterwaartse verliesverrekeningstermijn voor de *Körperschaftsteuer* van één jaar met een maximumbedrag van € 1 miljoen en voor de *Gewerbesteuer* geen mogelijkheid tot achterwaartse verliesverrekening. De voorwaartse mogelijkheid tot verliesverrekening is voor zowel de *Körperschaftsteuer* als de *Gewerbesteuer* onbeperkt. In principe gaat achterwaartse verliesverrekening vóór voorwaartse verliesverrekening. De belastingplichtige heeft echter een keuze of en voor welk bedrag hij gebruik wil maken van achterwaartse verliesverrekening.

De carry-forward termijn is niet aan een maximum gebonden, maar wordt wel gekenmerkt door een verliesverrekeningstemporisering (*Mindestbesteuerung* genoemd).

6.3.2.1.1 *Mindestbesteuerung*

De regeling, opgenomen in §10d, Abs. 2 EStG, houdt in dat een vennootschap haar winsten tot € 1 miljoen ("*Sockelbetrag*" genoemd) vrij mag verrekenen met verrekenbare verliezen en voor het overige voor 60%. Anders geformuleerd, betekent dit dat een vennootschap die over verrekenbare verliezen uit voorgaande jaren beschikt, immer belasting dient te betalen over 40% van de winst, voor zover de winst het drempelbedrag van € 1 miljoen overstijgt. Het drempelbedrag tot € 1 miljoen is om het MKB te ontzien.

De *Mindestbesteuerung* is vanaf 2004 van toepassing in de *Körperschaftsteuer* en *Gewerbesteuer*.⁷³⁵ De *Mindestbesteuerung* is een verliesverrekeningstemporiserende maatregel en hoofdzakelijk om budgettaire redenen ingevoerd. De wetgever gaf aan dat – gezien het enorme potentieel aan verliezen dat ondernemingen voor zich uit schuiven – met behulp van de *Mindestbesteuerung* wordt gestreefd naar stabilisatie van de staatsinkomsten. Daarnaast werden vereenvoudiging en praktische hanteerbaarheid als argumenten aangedragen en ter verdediging aangevoerd dat door de regeling verliesverrekening over toekomstige jaren wordt uitgespreid en geen verliezen definitief verloren gaan.⁷³⁶

Vanaf het moment van invoering staat de *Mindestbesteuerung* hevig ter discussie in de wetenschap en praktijk.⁷³⁷ Ook de rechter moest er meerdere malen aan te pas komen om over de *Mindestbesteuerung* te oordelen. De belangrijkste kritiek is dat de *Mindestbesteuerung* een inbreuk kan maken op het objectieve *Nettoprinzip* (zie o.a. hoofdstuk 2.9.2 en 5.3.3.1). De kosten die normaal gesproken in aftrek komen omdat deze de draagkracht van een ondernemer verminderen, worden in betreffend jaar van aftrek uitgesloten. Door de doorschuiving van verliezen wordt over de jaren heen op zich geen inbreuk gemaakt op het objectieve *Nettoprinzip*, maar de regeling kan wel nadelig uitwerken voor bijvoorbeeld start-ups, projectondernemingen, of bijna failliete ondernemingen het laatste duwtje geven.⁷³⁸ Daarnaast kunnen bepaalde feiten en omstandigheden en door de Duitse wetgever additionele wetgeving omtrent verliesverrekening er voor zorgen dat de door de *Mindestbesteuerung* voortgewentele verliezen niet meer in aftrek komen. O.a. Lüdicke, Lang en Hey zijn – mede op grond van bovenstaande argumenten – van mening dat de *Mindestbesteuerung* moet worden afgeschaft.⁷³⁹ Er is volgens Düren ook een groep die de wijze van omgang met verliezen slechts ten dele als onrechtmatig beschouwt, namelijk alleen voor zover verliezen definitief verloren gaan.⁷⁴⁰ Ook Desens is van mening dat de doelstelling van de wetgever – de stabilisatie van de belastinginkomsten – die wordt bereikt door de *Mindestbesteuerung*, is toegestaan, zolang de

wordt gebruikt bij het kunnen verrekenen van verliezen over verschillende jaren, waarbij de term "*Verlustrücktrag*" achterwaartse verliesverrekening betekent en "*Verlustvortrag*" voorwaartse verliesverrekening.

⁷³⁵ Vanaf 1999 geldt er een *Mindestbesteuerung* in de *Einkommensteuer* ingevoerd bij de *Steuerentlastungsgesetzes* (StEntlG) 1999/2000/2002.

⁷³⁶ 8 september 2003, BT-Drs. 15/1518, blz. 10 en 13.

⁷³⁷ K.D. Drüen, Verfassungsrechtliche Positionen zur Mindestbesteuerung, FR 2013, blz. 393-402.

⁷³⁸ J. Lang in Tipke/Lang¹⁹, Steuerrecht, §9, Rz.66.

⁷³⁹ J. Lüdicke, Der Verlust im Steuerrecht, DStZ 12/2010, blz. 486. Voor een uitgebreide uiteenzetting zie ook E. Röder, Zur Verfassungswidrigkeit der Mindestbesteuerung (§10d Abs. 2 EStG) und der Beschränkung des Verlustabzugs nach §8c KStG, StuW 1/2012, blz. 18-32.

⁷⁴⁰ K.D. Drüen, Verfassungsrechtliche Positionen zur Mindestbesteuerung, FR 2013, blz. 393-402.

verliezen niet eenduidig verloren gaan.⁷⁴¹ Tot slot is er een groep die de *Mindestbesteuerung* niet als onrechtmatig beschouwt met het argument dat de *Mindestbesteuerung* als zodanig niet zorgt voor het eventueel teniet gaan van verliezen, maar dat dit veroorzaakt wordt door andere omstandigheden of bepalingen.⁷⁴²

Het *Bundesfinanzhof* heeft zich meerdere malen uitgelaten over de *Mindestbesteuerung* en daarbij geoordeeld dat de beperking van verliescompensatie over de jaren heen als zodanig niet als onrechtmatig kan worden beschouwd.⁷⁴³ Het *Bundesfinanzhof* heeft wel aangegeven dat definitieve verliesverdamping in samenhang met de *Mindestbesteuerung* grondwettelijk mogelijk niet door de beugel kan en besliste dat – zo lang er nog geen duidelijkheid over is – opschorting van toepassing van de *Mindestbesteuerung* in dergelijke gevallen moet plaatsvinden.⁷⁴⁴ Het *Bundesministerium der Finanzen* reageerde met een besluit, waarin opschorting van toepassing van de *Mindestbesteuerung* onder voorwaarden mogelijk is bij een samenhang tussen de *Mindestbesteuerung* en i. de *Mantelkaufregelung* (schadelijke aandeelhouderswijziging, zie nader hoofdstuk 6.3.3), ii. een reorganisatie (fusie) ten aanzien van de verdwijnende rechtspersoon, iii. de liquidatie van rechtspersonen, of iv. de verdere beëindiging van de persoonlijke belastingplicht.⁷⁴⁵ Op moment van schrijven ligt de vraag of de *Mindestbesteuerung* in strijd is met de grondwet ("Verfassungswidrig" is) nog ter beantwoording voor bij het *Bundesverfassungsgericht*.

6.3.3 Geen houdster- en financieringsverliesregeling

Duitsland heeft geen specifieke verliesverrekeningsbeperking ten aanzien van houdster- en financieringslichamen of een vergelijkbare regeling waarbij verliesverrekening ten aanzien van een bepaalde activiteit wordt uitgezonderd. De regeling is in Nederland ingevoerd als reactie op het Bosal-arrest. Duitsland kent geen (of in mindere mate een) Bosal-gat en gaat fiscaal gezien anders om met deelnemingskosten van binnenlandse en buitenlandse deelnemingen. Voordelen uit een deelneming worden voor 95% vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling.

De huidige deelnemingsvrijstelling in Duitsland is sinds 2001 in werking getreden. De invoering van een deelnemingsvrijstelling in plaats van een verrekening hangt samen met de keuze in 2001 voor het klassieke systeem (zie hierover uitgebreid hoofdstuk 8). Deze wijziging in de *Körperschaftsteuer* zorgde ervoor dat de deelnemingsvrijstelling voortaan ook van toepassing werd verklaard op binnenlandse deelnemingen. Vanaf 22 december 2003 is de objectieve vrijstelling ten aanzien van dividenden en vervreemdingswinsten beperkt tot 95% ten aanzien van zowel binnenlandse als buitenlandse deelnemingen. Er wordt aangenomen dat 5% als fictieve kosten samenhangen met de desbetreffende deelneming. Daarvóór gold deze fictieve kostentoerekening alleen voor buitenlandse deelnemingen.

⁷⁴¹ M. Desens, Der Verlust von Verlustvorträgen nach der Mindestbesteuerung, FR 2011, blz. 745.

⁷⁴² K.D. Drüen, Verfassungsrechtliche Positionen zur Mindestbesteuerung, FR 2013, blz. 398,399.

⁷⁴³ Zie bijv. BFH BStBl. 2001,552,554, BFH BStBl. 2007, 170,171 en BFH 22.08.2012, I R 9/11, BStBl II 13, 512. Zie voor een overzicht ook K. Küspert: Die Mindestbesteuerung: Damoklesschwert oder "Büchse der Pandora"? BB 2013, blz. 1949 e.v.

⁷⁴⁴ BFH 22.08.2012, I R 9/11 en BFH 26.02.2014, I R 59/12. Mogelijk is het *Nettoprinzip* (dat voortvloeit uit het gelijkheidsbeginsel en het daaruit voortvloeiende draagkrachtsbeginsel in het geding.

⁷⁴⁵ BMF Schreiben 19 oktober 2011, Beschluss des Bundesfinanzhofs vom 26 August 2010, I B 4910, BStBl 2011 II S. 826. Uit de zaak bij BFH 26.02.2014, I R 59/12 kan worden opgemaakt dat er ook nog andere gevallen van definitief geleden verliezen kunnen voorkomen. In casu ging het om een kapitaalvennootschap die een verlies had geleden als gevolg van een afwaardering van een vordering. Twee jaar daarna liep de desbetreffende vordering weer vol, maar een volledige verrekening met het afwaarderingsverlies was niet mogelijk vanwege de *Mindestbesteuerung*. Het verlies werd definitief doordat de kapitaalvennootschap in de tussentijd failliet ging.

6.3.4 Handel in verlieslichamen (*Mantelkaufregelung*)

6.3.4.1 Historische ontwikkeling en ratio

Duitsland kent ook een regeling tegen handel in verlieslichamen (*Mantelkaufregelung* genoemd). Historisch gezien werd de handel in verlieslichamen tegengaan door de Duitse rechter. Het *Bundesfinanzhof* achtte beslissend of de "*wirtschaftliche Identität*" van het lichaam verloren is gegaan, of in stand is gebleven. Indien de oude onderneming ter ziele is gegaan en nieuwe aandeelhouders zijn aangetreden om het lichaam economisch weer nieuw leven in te blazen, zou van dit laatste geen sprake meer zijn. Vanwege gebrek aan "*Personengleichheit*" werd in zodanige gevallen verliesverrekening aan banden gelegd. In 1986 sloeg het *Bundesfinanzhof* een andere weg in en werd de juridische entiteit van groter belang geacht.⁷⁴⁶ Dit leidde tot ingrijpen door de Duitse wetgever en invoering in 1990 van het toenmalige §8, Abs. 4 KStG. De oorspronkelijke *Mantelkaufregelung* was – net als de oude jurisprudentie van het *Bundesfinanzhof* gericht op het behouden van het concept van "dezelfde identiteit" of "dezelfde ondernemingsactiviteiten".⁷⁴⁷ Deze bepaling gold tot en met 1 januari 2008 al kon deze door overgangsrecht nog werking hebben tot 2013. §8, Abs. 4 KStG was soepeler dan de huidige regels omtrent de handel in verlieslichamen. Verliezen konden niet voorwaarts verrekend worden, indien meer dan 50% van de aandelen in een verlieslichaam werd overgedragen én dit lichaam zijn ondernemingsactiviteiten binnen vijf jaar in overwegende mate met nieuwe vermogensbestanddelen voortzette of opnieuw startte (activatoets). De activatoets hield in dat er binnen vijf jaar na de aandeelhouderswisseling geen verdubbeling van de activa mocht ontstaan.⁷⁴⁸

Hey en Suchanek zijn van mening dat het in hoofdstuk 3.3.4 genoemde *Trennungsprinzip* er toe leidt dat de achterliggende aandeelhouder van een verlieslichaam niet ter zake doet en dat er een inbreuk wordt gemaakt op het *objektives Nettoprinzip*. De beperking van de verliesaftrek bij een aandeelhouderswijziging wordt namelijk onvoldoende gerechtvaardigd door bijzonderheden in de KStG.⁷⁴⁹ Böhmer is van mening dat het voorkomen van misbruik niet als rechtvaardigingsgrond voor het doorbreken van het *Trennungsprinzip* aangevoerd kan worden, omdat iedere aandeelhouderswijziging in principe onder de regeling valt.⁷⁵⁰ Post geeft aan dat de oude *Mantelkaufregelung* omstreden was en in de literatuur aan veel kritiek onderhevig is geweest. De kritiek op de regeling betrof o.a. het feit dat zij was gebaseerd op de hierboven kort beschreven oude rechtspraak van het *Bundesfinanzhof*, de regeling in meerdere situaties een onbillijke uitwerking had en het beoogde "misbruik" bovendien nog steeds mogelijk was.⁷⁵¹ Vanaf 1 januari 2008 geldt het huidige §8c KStG, waarbij het meest opvallende is dat de activatoets is verdwenen. Volgens de wetgever leidde deze toets in de praktijk tot teveel onduidelijkheden. Het concept van "dezelfde identiteit" of "dezelfde ondernemingsactiviteiten" is losgelaten met de motivatie dat een wijziging van het belang reeds tot een zodanige wijziging van de identiteit leidt.⁷⁵² Op 23 december 2016 heeft de wetgever een versoepeling in de wet opgenomen, waardoor ondanks een aandeelhouderswijziging de verliezen mogelijk niet verloren gaan (§8d KStG).⁷⁵³ Het doel van de invoering van deze nieuwe bepaling is om de doorstart van economisch in moeilijkheden geraakte ondernemingen niet te frustreren. De regeling is per 1 januari 2016 (met terugwerkende kracht) in werking getreden.

⁷⁴⁶ J. Verburg, Vennootschapsbelasting, Fiscale Handboeken nr. 4, 2^e druk, Kluwer, 2000, paragraaf 17.7.

⁷⁴⁷ Zie hierover ook Blümich/Schlenker EStG §10d Rn. 1-10.

⁷⁴⁸ Zie J.H.A.M. van Helvoirt/E.M.S. Spierts/A.J.A. Stevens, De Duitse Unternehmensteuerreform 2008: een overzicht, WFR 2008/834, paragraaf 3.4.

⁷⁴⁹ J. Hey, Körperschaft- und Gewerbesteuer und objektives Nettoprinzip, DStR-Beihefter 34/2009 blz. 109, onderdeel 2.4. en Suchanek in Hermann/Heuer/Raupach, §8c KStG, Anm. 3.

⁷⁵⁰ J. Böhmer, Das Trennungsprinzip im Körperschaftsteuerrecht – Grundsatz ohne Zukunft? StuW 1/2012, blz. 39.

⁷⁵¹ D.R. Post, de invloed van belangenwijzigingen op verliesverrekening, Fiscaal wetenschappelijke reeks nr. 20, SDU 2012, paragraaf 6.7.2.

⁷⁵² 27 maart 2007, BT-Drs. 16/4841, blz. 74 en blz. 76.

⁷⁵³ Gesetz zur Weiterentwicklung der steuerlichen Verlustverrechnung bei Körperschaften, BGBl. I S. 2998, zie ook 17 oktober 2016, BT-Drs. 18/9986

6.3.4.2 Huidige kenmerken

De huidige regeling tegen handel in verlieslichamen staat in §8c KStG.⁷⁵⁴ De *Gewerbsteuer* kent naast (§ 10d S. 10 GewStG jo) §8c KStG ook eigen bepalingen (in het bijzonder bedoeld voor *Personengesellschaften/Einzelunternehmer*) om handel in verliezen tegen te gaan die afwijken van de bepaling in de KStG.⁷⁵⁵ Vanaf 1 januari 2008 kan de mogelijkheid om verliezen te verrekenen door een verlieslichaam (deels) beperkt worden, indien er een (kwalificerende) aandeelhouderswisseling ten aanzien van het verlieslichaam plaatsvindt.⁷⁵⁶ De hoofdregel is dat zowel een directe als indirecte overdracht van meer dan 25% tot en met 50% van het belang⁷⁵⁷ van een verlieslichaam binnen 5 jaar leidt tot een pro rata verdamping van de verliezen. Een directe of indirecte overdracht van meer dan 50% van het belang van een verlieslichaam binnen 5 jaar leidt er toe dat alle aanwezige nog te verrekenen verliezen (tot aan het moment van de kwalificerende aandeelhouderswijziging) verdampen.⁷⁵⁸

Vanuit de Duitse praktijk en wetenschap kwam er veel kritiek op deze regel, aangezien ook bij bijvoorbeeld interne reorganisaties, waarbij het uiteindelijke belang ongewijzigd blijft, toch verliezen verloren kunnen gaan.⁷⁵⁹ De Duitse wetgever trok zich de kritiek aan en besloot - mede gezien de relatief slechte economische situatie - om de *Mantelkauf*-regeling op enkele punten te versoepelen. De zogenoemde *Sanierungsklausel*, *Konzernklausel* en *Stille-reserven Klausel* (tezamen worden deze uitzonderingen *Verschonungsregelungen* genoemd) werden aan de bepaling toegevoegd, waarbij eerstgenoemde regeling voor noodlijdende ondernemingen door de Europese Commissie op 26 januari 2011 als staatssteun werd betiteld en niet meer in werking is.⁷⁶⁰ Wel opvallend is dat de A-G van het Europese Hof van Justitie op 20 december 2017 concludeerde dat de *Sanierungsklausel* volgens hem geen staatssteun vormt zoals de Europese Commissie wel had beslist.⁷⁶¹ Hij adviseert het Europese Hof de beslissing van de Europese Commissie nietig te verklaren. Het blijft afwachten of het Europese Hof van Justitie de visie van de A-G volgt.

⁷⁵⁴ De huidige *Mantelkaufregelung* is aangepast onder de *Unternehmensteuerreform* 2008, zie voor de parlementaire toelichting BT-Drs. 16/4841, 5377, 5452, 5491.

⁷⁵⁵ Zie §10a, Abs. 7 - 10 GewStG. Anders dan in de KStG is de regeling bijvoorbeeld ook van toepassing indien zich geen belangenwijziging voordoet. Er dient een economische, financiële en organisatorische samenhang te bestaan tussen de activiteiten van de belastingplichtige ten tijde van het verlies en winstjaar. De *Mantelkaufregelung* in de *Gewerbsteuer* zal ik verder niet uitwerken in mijn onderzoek.

⁷⁵⁶ Voor een meer inhoudelijke uiteenzetting van de regeling verwijs ik naar D.R. Post, De invloed van belangenwijzigingen op verliesverrekening, Fiscaal wetenschappelijke reeks nr. 20, SDU 2012, paragraaf 6.7.2.

⁷⁵⁷ Onder het belang wordt verstaan het geplaatste kapitaal, lidmaatschapsrechten of stemrechten. In het besluit van 4 juli 2008 (BMF 4.7.2008 IV C 7-S 2745-a/08/10001) worden door het Duitse Ministerie van Financiën diverse voorbeelden gegeven wanneer zich een belangenwijziging voordoet. Genoemd wordt bijvoorbeeld een aandelenemissie.

⁷⁵⁸ Hierbij wordt niet alleen de nieuwe aandeelhouder als zodanig als verwerver aangemerkt, maar ook met de aandeelhouder "verbonden personen" (*nahe stehende Personen*), of een groep met dezelfde belangen (§8c Abs. 3 KStG). Wat onder een groep met dezelfde belangen moet worden verstaan, kwam onder andere aan de orde in BFH, 22.11.2016, I R 30/15, DStR 2017, 1318.

⁷⁵⁹ Vergelijk Desens in Hermann/Heuer/Raupach, Einf. KSt, Anm.92.

⁷⁶⁰ Kort geformuleerd bleven op grond van de *Sanierungsklausel* de verliezen voor noodlijdende ondernemingen onder voorwaarden behouden. De Europese Commissie oordeelde dat hierdoor noodlijdende bedrijven (zoals destijds het Opel-concern) bevoordeeld werden ten opzichte van gezonde bedrijven en merkte dit aan als staatssteun. Voor een beschrijving van de werking van de *Sanierungsklausel* verwijs ik naar F.J. Elswier, Ontwikkelingen in de Duitse belastingwetgeving voor kapitaalvennootschappen, MBB 2010/04, paragraaf 4.2 en voor een toelichting op waarom de bepaling als staatssteun is aangemerkt naar D.R. Post, de invloed van belangenwijzigingen op verliesverrekening, Fiscaal wetenschappelijke reeks nr. 20, SDU 2012, paragraaf 6.7.2.4.

⁷⁶¹ A-G HvJ EU, 20 december 2017, nr. C-203/16 P (Andres/Commissie), V-N 2018/7.12.

Op hoofdlijnen kunnen ten aanzien van de huidige regeling daarmee de volgende uitzonderingen worden gedestilleerd. Verliezen zijn (alsnog) verrekenbaar:

- 1) indien het belang is verkregen krachtens erfrecht;
- 2) indien de *Konzernklausel* van toepassing is. Deze "groepstoets" (§8c, Abs.1, S.5 KStG) beoogt dat bij interne reorganisaties verrekenbare verliezen in beginsel niet verdwijnen. Kort geformuleerd betekent dit dat de verrekenbare verliezen van een Duitse vennootschap niet verdampen, indien *dezelfde persoon* direct of indirect 100% van de aandelen houdt van de overdrager en de overnemer van de Duitse vennootschap met verliezen. Er is in de praktijk nog steeds veel kritiek op de toepasbaarheid en reikwijdte van de *Konzernklausel*. Lüdicke geeft bijvoorbeeld aan dat de *Mantelkaufregelung*, ondanks de *Konzernklausel* nog steeds belemmerend werkt.⁷⁶² Dit komt wellicht mede doordat de Duitse Belastingdienst de uitzondering in de praktijk zeer eng uitlegt en zich bijvoorbeeld op het standpunt stelt dat bij twee natuurlijke personen (taalkundig) geen sprake is van *dezelfde persoon* en de bepaling niet van toepassing kan zijn. Deze interpretatie werd voor *Personengesellschaften* met twee of meerdere natuurlijke personen met terugwerkende kracht door het op 24 september 2015 door de *Bundestag* aangenomen *Steueränderungsgesetz 2015* gerepareerd.
- 3) voor zover er stille reserves aanwezig zijn (*Stille-Reserves-Klausel*). Deze "stille reserve bepaling" (§8c, Abs.5 S. 6-9 KStG) houdt in dat de verliezen niet verdwijnen in zoverre daar in Duitsland belastbare stille reserves tegenover staan. De stille reserve wordt bepaald door de waarde in het economische verkeer van de aandelen minus het gehele eigen vermogen als uitgangspunt te nemen.⁷⁶³ Deze uitzondering is mogelijk in strijd met Europees recht, omdat alleen stille reserves, voor zover in Duitsland aanwezig, in aanmerking worden genomen.⁷⁶⁴
- 4) op verzoek van een lichaam waarvan de verliezen zouden verdampen als gevolg van een aandeelhouderswijziging, mits het lichaam sinds haar oprichting, of als dat korter is, gedurende de drie boekjaren voorafgaand aan de aandelenwijziging uitsluitend dezelfde ondernemingsactiviteit heeft uitgevoerd.⁷⁶⁵ Er moet daarbij sprake zijn van de wettelijke gedefinieerde ondernemingsactiviteit (*Geschäftsbetrieb*) neergelegd in §8d, Abs.1, S.3 KStG. De verliezen gaan alsnog verloren indien het lichaam vanaf de oprichting of begin van de driejaarsperiode als moeder van een fiscale eenheid (*Organträger*) of als participant in een personenvennootschap (*Mitunternehmerschaft*) deel heeft genomen, de ondernemingsactiviteit is stilgelegd (*eingestellt*) of één van de andere onderstaande schadelijke gebeurtenissen in §8d, Abs. 2 KStG van toepassing is (na aandeelhouderswijziging),
 - 1) De ondernemingsactiviteit wordt gestaakt (*ruhend gestellt*);
 - 2) De doelomschrijving (*Zweckbestimmung*) van de ondernemingsactiviteit wordt gewijzigd;
 - 3) Het lichaam andersoortige activiteiten (*zusätzlichen Geschäftsbetrieb*) aan haar bedrijfsvoering toevoegt;
 - 4) Het lichaam gaat participeren in een personenvennootschap (*Mitunternehmerschaft*);
 - 5) Het lichaam gaat deelnemen in een fiscale eenheid als moeder (*Organträger*);

⁷⁶² J. Lüdicke/A. Kempf/T. Brink e.a., *Verluste im Steuerrecht*, Nomos, PricewaterhouseCoopers, 2010, Schriften des Interdisziplinären Zentrums für Internationales Finanz - und Steuerwesen - International Tax Institute der Universität Hamburg, Band 47, blz. 203 en blz. 230.

⁷⁶³ Indien tussen de 25% en 50% van de aandelen worden overgedragen wordt de stille reserve bepaald door het verschil in de waarde in het economische verkeer van de aandelen en het betreffende pro rata deel van het eigen vermogen van de onderneming. Bij bovenstaande bepaling moet wel rekening worden gehouden dat alleen stille reserves worden meegenomen die belastbaar zijn in Duitsland. Indien (een deel van) de stille reserve toegerekend kan worden aan bijvoorbeeld een buitenlandse dochtervennootschap van de betreffende GmbH telt deze niet mee, aangezien de winst van deze dochtervennootschap onder de Duitse deelnemingsvrijstelling valt.

⁷⁶⁴ W. Kessler/C. Spengel, Checkliste potenziell EU-rechtswidriger Normen des deutschen direkten Steuerrechts, *Der Betrieb*, Beilage 01 zu Heft Nr. 05, 3 februari 2017, blz.27.

⁷⁶⁵ Op 23 december 2016 heeft de wetgever deze voor belastingplichtige bedoelde versoepeling in de wet opgenomen. De bepaling is van toepassing op aandelenoverdrachten die na 31 december 2015 plaatsvinden.

6) In het lichaam bedrijfsmiddelen (*Wirtschaftsgüter*) worden ingebracht tegen een waarde lager dan de waarde in het economische verkeer.

De verliezen waarvoor het verzoek wordt ingediend (*fortführungsgebundener Verlustvortrag* genoemd) worden separaat bij beschikking vastgesteld en worden als eerste verrekend. Zijn de verliezen eenmaal bestempeld, dan moet ook na aandelenoverdracht nog steeds aan bovenstaande voorwaarden worden voldaan. §8d KStG roept in de praktijk de nodige vragen op.⁷⁶⁶ Zo kan de wettelijke bepaling zo gelezen worden dat ook bij een gedeeltelijke aandelenoverdracht van meer dan 25% tot en met 50%, het gehele nog te verrekenen verlies als *fortführungsgebundener Verlustvortrag* wordt bestempeld. Dit zou betekenen dat alle verliezen zouden komen te vervallen (wat op grond van de hoofdregel niet het geval zou zijn) op het moment dat één van de schadelijke gebeurtenissen zich voordoet. Uit de praktijk is daarnaast naar voren gekomen dat de Duitse Belastingdienst voornemens is §8d KStG eng uit te leggen. Ik heb uit de praktijk vernomen dat de Belastingdienst al een bijkomende activiteit in de zin van §8d Abs. 2 Nr. 2 KStG ziet als een restaurant ook een bezorgservice aanbiedt. Een dergelijk standpunt vind ik zeer opmerkelijk, aangezien start-ups (waarvoor §8d KStG in bijzonder werd ingevoerd) daarmee nauwelijks in aanmerking voor toepassing van §8d KStG kunnen komen als hun activiteit in de toekomst wordt veranderd.⁷⁶⁷

Het *Bundesverfassungsgericht* heeft beslist dat de pro rata verdamping van verliezen bij een overdracht van meer dan 25% tot 50% in strijd is met het gelijkheidsbeginsel.⁷⁶⁸ Lichamen met verliezen, waarvan het belang tussen de 25%-50% wordt gewijzigd worden slechter behandeld dan lichamen waarvan de aandelen niet worden overgedragen, terwijl daar volgens de rechter geen goede rechtvaardigingsgrond voor bestaat.⁷⁶⁹ De Duitse rechter geeft de wetgever de gelegenheid tot 31 december 2018 om met terugwerkende kracht voor de periode 1 januari 2008 tot en met 31 december 2015 de vastgestelde strijdigheid met de grondwet ongedaan te maken en de verliesverrekeningsbeperking - voor lichamen waarvan het belang met meer dan 25%-50% wijzigt - opnieuw te regelen. Mocht de wetgever geen gehoor geven dan geldt de wettelijke bepaling in die gevallen als nietig voor de hiervoor genoemde periode. Het *Bundesverfassungsgericht* heeft zich echter niet uitgelaten over de periode vanaf 1 januari 2016. De vraag ligt dus nog open of de nieuw (en hierboven besproken) ingevoerde uitzondering voor "verliezen verdampen niet indien sprake is van dezelfde ondernemingsactiviteiten" wellicht al voldoende is om geen strijdigheid meer met het gelijkheidsbeginsel te constateren. Het *Bundesverfassungsgericht* heeft zich tevens niet uitgelaten over de vraag of er bij een wijziging van het belang van meer dan 50% (waardoor alle verliezen van de desbetreffende vennootschap zouden verdampen) sprake is van een strijd met de grondwet.⁷⁷⁰ Het *Bundesverfassungsgericht* krijgt daar nog alle gelegenheid toe, aangezien het *Finanzgericht* Hamburg die vraag op 29 augustus 2017 aan hem heeft voorgelegd.⁷⁷¹

Voor de interpretatie en zienswijze van de wetgever omtrent de *Mantelkaufregelung* is het besluit van 28 november 2017 van het Duitse Ministerie van Financiën van belang.⁷⁷² In het besluit (punt

⁷⁶⁶ Zie bijv. M. Suchanek/G. Rüsch, Erweiterungen der körperschaftsteuerlichen Verlustverrechnung: Der Entwurf zu einem "fortführungsgebundenen Verlustvortrag" (§8d KStG-E): Ubg 10/2016, blz.585 en M. Suchanek/ G. Rüsch, Update zu §8d KStG: Die Änderungen im verabschiedeten Gesetz, Ubg 1/2017, blz.7-14.

⁷⁶⁷ In gelijke zin Tax & Law Special, Nach der Wahl, Steuerpolitik für den Standort Deutschland. Ein Positionspaper des Wissenschaftlichen Beirats Steuern von EY für die neue Legislaturperiode ab 2017, September 2017 onder het hoofdstuk "Reformbedarf bei der Verlustberücksichtigung".

⁷⁶⁸ BVerfG, Beschluss v. 29.03.2017, 2 BvL 6/11.

⁷⁶⁹ Zie ook M. Ernst/H.-P. Roth, Der Vorhang zu und alle Fragen offen - Zur (Un-)Vereinbarkeit von §8c KStG mit Verfassungsrecht nach der "Paukenslag"-Entscheidung des BVerfG, Ubg 2017, 378.

⁷⁷⁰ Voor een uiteenzetting verwijs ik naar G. Kahlert/A. Schmidt, Nach der Entscheidung des BVerfG zu §8c (Abs. 1) S. 1 KStG: Stünde der Vertrauensschutz einer (rückwirkend) belastenden Neuregelung entgegen? (Zugleich Anmerkung zu BVerfG, B. v. 29.03.2017 - 2 BvL 6/11), FR 2017, blz. 758 e.v.

⁷⁷¹ Zie FG Hamburg 29 August 2017 (2 K 245/17, Pressemitteilung vom 30.08.2017).

⁷⁷² BMF-Schreiben vom 28. November 2017 - IV C 2 - S 2745-a/09/10002 :004 - 2017/0789973, Verlustabzugsbeschränkung für Körperschaften (§8c KStG).

66) wordt onder meer opgemerkt dat de regeling op grond van de hierboven genoemde uitspraak van het *Bundesverfassungsgericht* niet wordt toegepast op de desbetreffende gevallen.

6.4 *Beschouwing / conclusie*

In dit hoofdstuk heb ik onderzocht hoe de verliesverrekeningsregels er uitzien in de vennootschapsbelasting, respectievelijk de *Körperschaftsteuer* (en summier de *Gewerbesteuer*) en welke verschillen en overeenkomsten er bestaan tussen de verliesverrekeningstermijnen, houdster- en financieringsverliesregeling en de regeling ter voorkoming van handel in verlieslichamen. Uit de analyse van het Nederlandse gedeelte komt mij voor dat op hoofdlijnen de volgende discussiepunten de boventoon voeren:

- De inbreuk van de verliesverrekeningstermijnen op de totaalwinstgedachte;
- De houdbaarheid van de houdster - en financieringsverliesregeling;
- De inbreuk van de regeling ter voorkoming van handel in verlieslichamen op de VPB-structuur, waarbij het niet past om rekening te houden met de achterliggende aandeelhouders van een verlieslichaam.

Over het algemeen is mijn indruk dat de Duitse wetenschap en praktijk niet echt enthousiast zijn over de (invulling van) de Duitse verliesverrekeningsregels. Uit een studie van Lüdicke, Kempf en Brink blijkt volgens hen bijvoorbeeld dat de Duitse verliesverrekeningsregels als zeer complex worden ervaren en dat diverse (samenloop van) regelingen niet op elkaar zijn afgestemd.⁷⁷³ Lüdicke geeft aan dat indien men door de verschillende wetten (*ESTG*, *KStG*, *AStG*, *InvStG*) bladert men op meerdere tientallen bepalingen stoot die op enigerlei wijze met verliezen van doen hebben en dat er blijkbaar veel verschillende soorten verliezen worden onderscheiden afhankelijk van de aard van onderneming, activiteit of gebeurtenis.⁷⁷⁴ Ook de *Wissenschaftliche Beirats Steuern von EY* doet een oproep aan de regering de verliesverrekeningsregels te hervormen.⁷⁷⁵ Zij geven onder meer aan: *“Die Regelungen zur Berücksichtigung von Verlusten sind hoch komplex, gehen zu sehr über das ursprüngliche Ziel einer Missbrauchsvermeidung hinaus und sind verfassungsrechtlich wie EU-beihilferechtlich mit hoher Rechtsunsicherheit belastet.”* Bij het onderzoek naar de Duitse verliesverrekeningsregels kan ik het geschetste beeld van de auteurs/onderzoekers bevestigen. Over het algemeen kan hieruit geconcludeerd worden dat de Duitse rechtsregels omtrent verliesverrekening niet of in mindere mate voldoen aan de kwaliteitseisen onderlinge samenhang en eenvoud/duidelijkheid/toegankelijkheid als onderdelen van de fiscaal-juridische toets, respectievelijk de fiscaal-wetstechnische toets uit mijn toetsingskader.

Ondanks het wellicht wat negatieve geluid over de Duitse verliesverrekeningsregels in het algemeen kan het uiteraard zo zijn dat het relatief gezien allemaal nog een stuk beter geregeld is in Duitsland qua verliesverrekeningregels dan in Nederland het geval is, of dat bepaalde (delen) verliesverrekeningsregels aanbevelenswaardig zijn. Hieronder geef ik aan de hand van mijn toetsingskader (zie hoofdstuk 1.3.2.4) aan of Duitsland een rechtsregel (oplossing of benadering) heeft die aanbevelenswaardig is, of kan zijn, voor de vennootschapsbelasting ten aanzien van bovengenoemde discussiepunten.

⁷⁷³ Post haalt in zijn boek D.R. Post, De invloed van belangenwijzigingen op verliesverrekening, Fiscaal wetenschappelijke reeks nr. 20, SDU 2012, paragraaf 6.7.2. treffend een passage aan uit de studie van Lüdicke, Kempf en Brink “es zeigt sich erneut: Das System der steuerlichen Verlustnutzung ist inzwischen derart komplex, dass Änderungen an einem Ende leicht zu ungewollten, widersprüchlichen und möglicherweise nicht hinnehmbaren Auswirkungen am anderen Ende führen können”. J. Lüdicke/A. Kempf/T. Brink e.a., Verluste im Steuerrecht, Nomos, PricewaterhouseCoopers, 2010, Schriften des Interdisziplinären Zentrums für Internationales Finanz - und Steuerwesen - International Tax Institute der Universität Hamburg, Band 47, blz. 323.

⁷⁷⁴ J. Lüdicke, Der Verlust im Steuerrecht, DStZ 12/2010, blz 435.

⁷⁷⁵ Tax & Law Special, Nach der Wahl, Steuerpolitik für den Standort Deutschland. Ein Positionspaper des Wissenschaftlichen Beirats Steuern von EY für die neue Legislaturperiode ab 2017, September 2017 onder het hoofdstuk “Reformbedarf bei der Verlustberücksichtigung”.

6.4.1 *Mindestbesteuerung* gecombineerd met een onbeperkte voorwaartse verliesverrekening, een optie voor Nederland?

Zowel Nederland als Duitsland kent een gevarieerd verleden wat betreft de mogelijkheden tot achterwaartse en voorwaartse verliesverrekeningstermijnen. De huidige achterwaartse verliesverrekeningsmogelijkheid is in beide landen één jaar, maar daarbij geldt in Duitsland – in tegenstelling tot Nederland – een maximale verrekening van € 1 miljoen (en geen achterwaartse verliesverrekeningsmogelijkheid in de *Gewerbsteuer*). De achterwaartse verliesverrekeningstermijn kan daarmee in Nederland als ruimer worden gezien. Wat betreft de voorwaartse verliesverrekeningsmogelijkheid kent Nederland een termijn van negen jaar (als de plannen uit het regeerakkoord van 10 oktober 2017 doorgaan in de toekomst zes jaar) en Duitsland een onbeperkte voorwaartse verliesverrekening gecombineerd met een *Mindestbesteuerung*. Het voornaamste kritiekpunt in Nederland ten aanzien van de verliesverrekeningstermijn is de inbreuk op de totaalwinstgedachte. Mijns inziens wordt hiermee niet of in mindere mate voldaan aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader. Daarmee samenhangend doemen er in de praktijk vragen op wat fiscaal is toegestaan (welke kunstgrepen er mogelijk zijn) om verliesverdamping te voorkomen.

De vraag is of de *Mindestbesteuerung* gecombineerd met een onbeperkte voorwaartse verliesverrekening een optie voor Nederland zou kunnen zijn. De *Mindestbesteuerung* met een onbeperkte voorwaartse verliesverrekening afzonderlijk beschouwd, biedt een oplossing ten aanzien van het voornaamste Nederlandse kritiekpunt. Er wordt dan namelijk, in principe, geen inbreuk gemaakt op de totaalwinstgedachte en ook vanuit praktisch oogpunt zouden er dan geen kunstgrepen meer nodig hoeven te zijn om verliesverdamping te voorkomen. Budgettair lijkt het ook een gewin voor de Nederlandse schatkist te betekenen. Vandaar dat Bellingwout spreekt van een win-win situatie. Bellingwout is enthousiast en pleit voor invoering van de *Mindestbesteuerung* in Nederland. Hij ziet als voordeel dat de regeling zonder enig bezwaar in de Nederlandse vennootschapsbelasting kan worden ingepast, EU proof is, er geen kunstgrepen meer hoeven te worden uitgehaald om dreigende verliesverdamping te voorkomen, de regeling geen impact op de jaarrekening heeft en budgettair het nodige kan opleveren.⁷⁷⁶

Uit mijn onderzoek naar de *Mindestbesteuerung* (zie hoofdstuk 6.3.1) blijkt echter dat deze verliesverrekeningstemporiserende maatregel in combinatie met andere bepalingen (bijvoorbeeld de regeling tegen handel in verlieslichamen) of omstandigheden (bijvoorbeeld faillissement) alsnog zou kunnen leiden tot een inbreuk op de “Duitse totaalwinstgedachte” (*objektive Nettoprinzip*), doordat de belastingplichtige door de temporisering niet in staat is geweest alle verliezen te verrekenen.⁷⁷⁷ Invoering van een *Mindestbesteuerungsregel* in Nederland zou dus mijns inziens in Nederland min of meer dezelfde structurele en systematische vragen oproepen als in Duitsland, namelijk of de *Mindestbesteuerung* in combinatie met andere bepalingen en omstandigheden wel in overeenstemming is met de totaalwinstgedachte.⁷⁷⁸ Daarnaast kan een verliesverrekeningstemporiserende maatregel *an sich* gezien worden als een regeling die een inbreuk maakt op de economische neutraliteitsgedachte. Het neutraliteitsbeginsel kan gezien worden als de wens dat de door de vennootschapsbelasting (en belastingen in het algemeen) in het leven geroepen distorsies tot een minimum worden beperkt. Dit zou betekenen dat (toch niet) in sterkere mate aan de fiscale-juridische toets uit mijn toetsingskader wordt voldaan.

⁷⁷⁶ J.W. Bellingwout, Een win-win alternatief voor verliescompensatie, WFR 2005/1518, paragraaf 5.

⁷⁷⁷ De stand van de jurisprudentie is, kort samengevat, dat het *Bundesfinanzhof* van mening is dat de *Mindestbesteuerung* als zodanig als rechtmatig kan worden beschouwd. De vraag of dat ook het geval is als sprake is van definitieve verliesverdamping in samenhang met de *Mindestbesteuerung* ligt voor bij het *Bundesverfassungsgericht*.

⁷⁷⁸ Vergelijk E. Röder, Zur Verfassungswidrigkeit der Mindestbesteuerung (§10d Abs. 2 EStG) und der Beschränkung des Verlustabzugs nach §8c KStG, StuW 1/2012, blz. 22. Hij geeft aan dat de *Mindestbesteuerung* in strijd is met het draagkrachtbeginsel (en daarmee in strijd met de grondwet komt) en dat een beperkte voorwaartse verliesverrekeningsmogelijkheid geen alternatief is, omdat dit een inbreuk maakt op de totaalwinstgedachte.

Invoering zou mijns inziens ook betekenen dat in de Nederlandse vennootschapsbelasting een nieuwe regeling wordt opgenomen, die niet leidt tot een vereenvoudiging van de wetgeving. Ook het Nederlandse vestigingsklimaat zal er niet bij zijn gebaat.⁷⁷⁹ Integendeel, het (Nederlandse) bedrijfsleven zal er waarschijnlijk niet om staan te springen dat een *Mindestbesteuerung* zal worden ingevoerd met in ruil daarvoor een onbeperkte voorwaartse verliesverrekeningsmogelijkheid.⁷⁸⁰ Vanuit een internationale en Europese invalshoek kan gesteld worden dat enkele andere landen, waaronder Frankrijk, Spanje, Italië en de Verenigde Staten een *Mindestbesteuerung* kennen.⁷⁸¹ Een dergelijke verliesverrekeningstemporiserende maatregel komt echter niet terug in het CCTB-voorstel. Kort samenvattend ben ik van mening dat Nederland gezien de internationale/Europese fiscale ontwikkelingen zonder of met *Mindestbesteuerung* niet uit de pas zal lopen ten opzichte van andere landen.

De Nederlandse staatssecretaris van Financiën is zelf ook niet enthousiast over een mogelijke invoering van de *Mindestbesteuerung* in Nederland. Zonder dit degelijk te onderbouwen, wijst hij invoering af omdat het volgens hem de schatkist enkel een rentevoordeel oplevert.⁷⁸² Door deze laatste opmerking van de staatssecretaris bekruipt mij het gevoel dat invoering van een *Mindestbesteuerung* er toe leidt dat er ook in mindere mate wordt voldaan aan de subsidiariteit/evenredigheidseis (onderdeel van de fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader). Ik verwacht dat de baten (meer budgettaire opbrengst) niet in verhouding staan tot de lasten (zijnde geen evidente verbetering van de fiscaal-juridische toets, verslechtering van het vestigingsklimaat en meer regelgeving).

Alles overwegende, lijkt mij het invoeren van een onbeperkte voorwaartse verliesverrekening met een *Mindestbesteuerung* niet aanbevelenswaardig voor Nederland. Het alleen invoeren van een onbeperkte voorwaartse verliesverrekening (zonder beperking ten aanzien van het jaarlijks aftrekbare bedrag) zou mijns inziens wel aanbevelenswaardig zijn. Dit zou er toe bijdragen dat beter aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader wordt voldaan. Tevens past dit bij het CCTB-voorstel, waarin ook een mogelijkheid tot onbeperkte carry-forward is opgenomen. Daarnaast zou er mijns inziens een carry-back mogelijkheid moeten bestaan. Dit past namelijk ook binnen de totaalwinstgedachte (en verbetering van de fiscaal-juridische toets) en zorgt voor een economisch wenselijk anticyclisch effect.⁷⁸³ Volledigheidshalve merk ik op dat het CCTB voorstel een dergelijke carry-back mogelijkheid niet kent.

6.4.2 Afschaffing houdster- en financieringsverliesregeling?

Duitsland heeft geen specifieke verliesverrekeningsbeperking ten aanzien van houdster- en financieringslichamen of een vergelijkbare regeling waarbij verliesverrekening ten aanzien van een bepaalde activiteit wordt uitgezonderd. De regeling is in Nederland ingevoerd als reactie op het Bosal-arrest. Door de keuze dat voortaan financieringskosten ten aanzien van binnenlandse én buitenlandse deelnemingen aftrekbaar waren, ontstond er een budgettair probleem en werden er middelen gezocht ter afdekking van het Bosal-gat. Duitsland kent geen (of in mindere mate een) Bosal-gat en gaat fiscaal gezien anders om met deelnemingskosten van binnenlandse en buitenlandse deelnemingen. Voordelen uit een deelneming worden voor 95% vrijgesteld onder de

⁷⁷⁹ Zie hieromtrent ook C.Watrin/A.Wittkowski/R.Ullmann, *Deutsche Mindestbesteuerung und ihre Belastungswirkung*, StuW 3/2008, blz.247. Zij merken op dat de Duitse wetgever zich af moet vragen of de negatieve effecten van de *Mindestbesteuerung* op het vestigingsklimaat wel gewenst zijn.

⁷⁸⁰ Zie hieromtrent ook Van der Geld die opmerkt dat het bedrijfsleven het meest gebaat is bij een ruime achterwaartse verliesverrekeningsmogelijkheid. Carry-back van verlies leidt bij bedrijven in een verliessituatie tot directe teruggaaf van eerder betaalde belasting en dus tot een positieve cashflow van de fiscus op een moment dat men dat in de regel zeer goed kan gebruiken. J.A.G. van der Geld, Hoofdzaken Vennootschapsbelasting, FED Fiscale Studieseries nr. 31, Kluwer, 11^e druk, 2015, paragraaf 13.1.

⁷⁸¹ EY Tax & Law Magazine 01/2018, blz. 22.

⁷⁸² Kamerstukken II, 2005-2006, 30572, nr. 8, blz. 58.

⁷⁸³ In gelijke zin J.A.G. van der Geld, *De toekomst van de Nederlandse vennootschapsbelasting*, Afscheidsrede 30 september 2016, blz. 13.

deelnemingsvrijstelling. Er wordt aangenomen dat 5% als fictieve kosten samenhangen met de desbetreffende deelneming.

De houdster- en financieringsverliesregeling is mijns inziens terecht zwaar bekritiseerd door de wetenschap en praktijk. Zoals in hoofdstuk 6.2.4.2 al beargumenteerd, voldoet mijns inziens de regeling niet, of in mindere mate aan alle toetsen uit mijn toetsingskader. De houdster- en financieringsverliesregeling past systematisch en historisch niet in het vennootschapsbelastingstelsel en is louter vanwege budgettair belang ingevoerd. De regeling zou mijns inziens zo snel mogelijk moeten verdwijnen uit de Nederlandse vennootschapsbelastingwet. Ook het feit dat Duitsland (en andere landen) geen soortgelijke regeling kennen en Nederland wat dat betreft uit de pas loopt, is een extra argument de regeling te schrappen. Dit zou er toe leiden dat in beide landen geen specifieke verliesverrekeningsbeperking ten aanzien van houdster- en financieringslichamen van toepassing is.

De vraag zou op kunnen komen of het aanbevelenswaardig is om een 95% deelnemingsvrijstelling toe te passen in Nederland (zoals Duitsland doet) om zo het Bosal-gat (deels) te dichten of te voorkomen. In hoofdstuk 8 ga ik hier nader op in.

6.4.3 De *Mantelkauf*regeling, een optie voor Nederland?

Nederland kent net als Duitsland een regeling ter voorkoming van de handel in verlieslichamen.⁷⁸⁴ In beide landen is er kritiek op de regeling, omdat deze eigenlijk niet goed past in de structuur van de vennootschapsbelasting, respectievelijk *Körperschaftsteuer*; een structuur die gebaseerd is op de heffing van lichamen en geen rekening houdt met de achterliggende aandeelhouders van dat lichaam. Dit betekent mijns inziens dat er in beide landen niet of in mindere mate wordt voldaan aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader (de rechtsregel past niet goed in de structuur van de wet en maakt een inbreuk op het draagkrachtbeginsel).

De gedachte achter de regeling in beide landen komt mijns inziens wel overeen. Kort geformuleerd, gaat het om het voorkomen van een fiscaal geïndiceerde wisseling van aandeelhouders of belanghebbenden bij het lichaam die erop gericht is om gebruik te maken van de te verrekenen verliezen van dat lichaam.⁷⁸⁵ Ondanks dat in beide landen kritiek is op de bovengenoemde inbreuk op de structuur en systematiek is mijns inziens wel uit de onderzochte jurisprudentie en literatuur op te maken dat de gedachte achter de regeling (anti-misbruik) als zodanig wel is aanvaard. Het bestaan van de regeling en de acceptatie van de inbreuk op bovenstaande eisen wordt mijns inziens versterkt doordat ook andere Europese landen en het CCTB-voorstel een soortgelijke antimisbruikbepaling kennen. De discussie en kritiekpunten spitsen zich met name toe op de verhouding tussen ratio en invulling van de rechtsregel (de fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader).

De invulling van de bepaling in Nederland is anders dan in Duitsland. Ik ben van mening dat Nederlandse regeling beter aansluit bij de oorspronkelijke gedachte dan de Duitse huidige regeling en daarmee beter voldoet aan de fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader. Een aandeelhouderswisseling bij een lichaam dat nog te verrekenen verliezen heeft duidt mijns inziens nog niet direct op een situatie waarbij het de nieuwe aandeelhouder te doen is om de verliezen. De hoofdregel die Duitsland hanteert en de interpretatie dat een wijziging van een belang reeds tot een wijziging van de identiteit leidt is mijns inziens veel te rigide. De uitzonderingen op de hoofdregel die in Nederland van toepassing zijn (de niet-ter-belegging eis, of geen-inkrimping van activiteiten eis) leiden in de praktijk weliswaar tot de nodige vragen, maar zorgen er mijns inziens

⁷⁸⁴ Voor een vergelijking tussen de Nederlandse en de Duitse regeling ter voorkoming van handel in verlieslichamen zie D.R. Post/M. Toppelhofer, Dutch and German change of ownership legislation: a comparison, *Intertax* volume 36, Issue 10 (2008), blz. 462 e.v.

⁷⁸⁵ Ook in het op 25 oktober 2016 door de Europese Commissie voorgestelde C(C)CTB is een anti-misbruikbepaling opgenomen om de handel in verlieslichamen tegen te gaan. Voor een uiteenzetting daarvan verwijs ik naar D.R.Post, (Grensoverschrijdende) verliescompensatie onder de voorgestelde C(C)CTB, *WFR* 2017/66.

wel voor dat de regeling als geheel veel beter aansluit bij de ratio.⁷⁸⁶ Reeds bij de eerste keer dat de Nederlandse staatssecretaris in 1962 ingreep (resolutie van 13 maart 1962), gaf hij aan dat het ging om een strijd tegen het misbruiken van het overnemen van alle of nagenoeg alle aandelen in een NV met nog verrekenbare verliezen én welke haar bedrijf geheel of nagenoeg geheel heeft gestaakt. Daarbij komt nog dat mijns inziens de Nederlandse bepaling veel beter geschikt is om interne reorganisaties buiten het bereik van de regeling te houden. Beide landen zijn van mening dat interne (concern) verhangingen niet onder het bereik van de bepaling zouden moeten vallen. Doordat Nederland in de hoofdregel aansluit bij de het begrip "wijziging van het uiteindelijke belang", worden interne reorganisaties in beginsel niet geraakt door art. 20a Wet VPB 1969. In Duitsland is de hoofdregel dat bij iedere directe of indirecte aandeelhouderswijziging §8c KStG in beginsel van toepassing is, dus ook bij interne reorganisaties. De belastingplichtige kan dan vervolgens als uitzondering een beroep doen op de "*Konzernklausel*", maar uit hoofdstuk 6.3.3 bleek onder meer dat deze zeer eng wordt uitgelegd en niet toereikend lijkt te zijn voor bonafide herstructurerings die niet gericht zijn op het benutten van de verliezen van een verlieslichaam.⁷⁸⁷ Dus ook hier – gezien de gedachte om interne reorganisaties niet te raken – voldoet de Nederlandse invulling beter aan de fiscaal-beleidsanalytische toets (minder of geen overkill) dan de Duitse (omslachtigere) invulling. Beide landen kennen overigens een bepaling die er voor zorgt dat verliezen verrekend kunnen worden voor zover er stille reserves aanwezig zijn. De Duitse wetgever heeft eind 2016 getracht de scherpe kantjes van §8c KStG weg te nemen door invoering van een bepaling waarbij het lichaam bij blijvende uitoefening van dezelfde ondernemingsactiviteit kan verzoeken om behoud van de verliezen (§8d KStG). Het is nog afwachten hoe bovenstaande bedoelde versoepeling in de praktijk zal uitwerken, maar gezien het feit dat de nieuwe regeling ook nadelig kan uitwerken voor belastingplichtigen en gezien alle, in hoofdstuk 6.3.4 beschreven, strikte voorwaarden (waardoor er mijns inziens in mindere mate aan de fiscaal-wetstechnische toets uit mijn toetsingskader zal zijn voldaan) ben ik er vrij sceptisch over.

Al met al kom ik tot de conclusie dat de Duitse regeling (ondanks invoering van het recente §8d KStG) een veel grotere reikwijdte heeft dan de Nederlandse; de Duitse regeling bevat daarmee een grotere mate van overkill en voldoet daarmee minder goed aan de fiscaal-beleidsanalytische toets. Ik ben dan ook van mening dat het niet aanbevelenswaardig is om de Duitse *Mantelkaufregelung* (in plaats van het huidige art. 20a Wet VPB 1969) in de Nederlandse vennootschapsbelasting over te nemen.

6.4.4 Schematisch overzicht huidige overeenkomsten en verschillen

	Nederland	Duitsland
Verliesverrekeningstermijnen	Art. 20 lid 1 Wet VPB 1969	§10d, Abs. 1, 2 EStG §10a, Abs 1, 2 GewStG
Achterwaarts	1 jaar	KSt: 1 jaar met maximum van € 1 mln GewSt: geen
Voorwaarts	9 jaar (wordt 6 jaar, zie Regeerakkoord 10 oktober 2017)	Onbeperkt voor zowel KSt als GewSt
Verliesverrekeningstemporisering (<i>Mindestbesteuerung</i>)	Geen	Ja, <i>Mindestbesteuerung</i> Tot € 1 miljoen vrij te verrekenen. Voor het overige 60%

⁷⁸⁶ In gelijke zin R.Eckhoff, Steuergerechtigkeit als verfassungsrechtliches und als steuerpolitisches Argument, StuW 3/2016, blz. 224. Hij merkt op dat §8c KStG, oorspronkelijk een antimisbruikbepaling, in de huidige vorm niets meer met misbruik van doen heeft. Zie ook E. Röder, Zur Verfassungswidrigkeit der Mindestbesteuerung (§10d Abs. 2 EStG) und der Beschränkung des Verlustabzugs nach §8c KStG, StuW 1/2012, blz.32. Hij merkt op dat §8c KStG vervangen moet door een regeling die primair handel in verlieslichamen (*Mantelkaufgestaltungen*) aanpakt.

⁷⁸⁷ In gelijke zin D.R. Post, de invloed van belangenwijzigingen op verliesverrekening, Fiscaal wetenschappelijke reeks nr. 20, SDU 2012, paragraaf 6.7.2.

Verliesbeperking houdster - financieringsmaatschappijen	Aanwezig, ingevoerd als reactie op Bosal-arrest (Art. 20 lid 4-6 Wet VPB 1969)	Geen, als reactie op Bosal-arrest is in Duitsland deelnemingsvrijstelling naar 95% aangepast voor zowel binnenlandse als buitenlandse deelnemingen
Handel in verlieslichamen (Mantelkaufregelung)	Art. 20a Wet VPB 1969	§8c KStG §10a, S.10 GewStG
Hoofdregeel Verliezen zijn (deels) niet meer verrekenbaar	Wijziging uiteindelijk belang $\geq 30\%$	Aandeelhouderswisseling meer dan 25% tot en met 50% binnen 5 jaar pro rata geen verliesverrekening mogelijk. Aandeelhouderswisseling $\geq 50\%$ binnen 5 jaar alle verliezen niet meer verrekenbaar
Uitzonderingen Verliezen verrekenbaar	Wijziging vloeit voort uit een overgang krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht	Wijziging vloeit voort uit een overgang krachtens erfrecht
	Uitbreiding belang door grootaandeelhouder	-
	Belastingplichtige is niet bekend of had niet bekend kunnen zijn dat het uiteindelijke belang $\geq 30\%$ is gewijzigd	-
	Geen beleggingsvennootschap (niet 9 mnd. $\geq 50\%$ beleggingen)	-
	Geen inkrimping activiteiten (niet $> 70\%$ t.o.v. oudste verliesjaar)	-
	Voor zover winsten afkomstig van activiteit van vóór de aandeelhouderswijziging	-
	Voor zover aanwezigheid stille reserves; herwaarderingsmogelijkheid	<i>Stille-Reserve-Klausel:</i> Voor zover aanwezigheid stille reserves (geen herwaardering, maar nieuwe vaststelling van de verliezen die verrekenbaar blijven)
		<i>Konzernklausel:</i> dezelfde persoon is aandeelhouder van zowel overdragende als overnemende lichaam.
	-	Op verzoek van een lichaam, mits het lichaam sinds haar oprichting, of als dat korter is, gedurende de drie boekjaren voorafgaand aan de aandelenwijziging en in toekomstige jaren uitsluitend dezelfde ondernemingsactiviteit heeft uitgevoerd en er geen andere wettelijk genoemde schadelijke gebeurtenis van toepassing is.

7 Financiering, onzakelijke lening en renteaftrekbeperkingen

7.1 Inleiding

In dit hoofdstuk doe ik onderzoek naar de fiscale aspecten rondom financiering in Nederland en Duitsland. Een onderneming kan op verschillende manieren aan haar financieringsbehoefte voldoen, bijvoorbeeld door middel van een lening van een bank, een lening van een groepsvennootschap, of kapitaal verkregen van een aandeelhouder. Bij deze varianten van financiering spelen verschillende fiscale aspecten een rol. De fiscale gevolgen van financiering met eigen vermogen zijn namelijk anders dan die van financiering met vreemd vermogen. De laatste jaren is er veel beweging op het gebied van financiering en veel aandacht voor bijvoorbeeld de zakelijkheid van een verstrekte lening en de talloze mogelijke renteaftrekbeperkingen.

In hoofdstuk 7.2 behandel ik de fiscale aspecten van financiering in de vennootschapsbelasting. Ik begin in hoofdstuk 7.2.1 bij de basisregels van financieren, namelijk het fiscale onderscheid en de fiscale gevolgen van het financieren met eigen vermogen en vreemd vermogen en de fiscale kwalificatie van een geldverstrekking. In hoofdstuk 7.2.2 zal ik ingaan op het leerstuk van de onzakelijke lening. Dit leerstuk staat de afgelopen jaren volop in de schijnwerpers in Nederland. In hoofdstuk 7.2.3 ga ik in op de verschillende specifieke renteaftrekbeperkingen die in Nederland van toepassing zijn. Naar aanleiding van deze uiteenzetting behandel ik in hoofdstuk 7.2.4 de discussiepunten in Nederland, zijnde de (rechterlijke) invulling en ontwikkeling van de onzakelijke leningleer en de lappendeken aan specifieke renteaftrekbeperkingen. Deze discussiepunten analyseer ik in het licht van mijn in hoofdstuk 1.3.2.4 opgestelde toetsingskader.

In hoofdstuk 7.3 behandel ik de fiscale aspecten van financiering in de *Körperschaftsteuer*. Daar waar relevant zal ik ook ingaan op de fiscale regels omtrent financiering in de *Gewerbesteuer*. Bij de behandeling van de Duitse regels omtrent financiering zal in principe eenzelfde paragraafindeling worden gehanteerd als bij de Nederlandse uiteenzetting. Het onderzoek naar de systematiek en invulling van de onzakelijke lening en de renteaftrekbeperkingen in Duitsland heeft als doel een analyse te kunnen maken van hoe Duitsland met de in hoofdstuk 7.2.4 benoemde (Nederlandse) discussiepunten omgaat en of aldaar rechtsregels of ontwikkelingen ten aanzien van deze discussiepunten aanbevelenswaardig voor Nederland zouden kunnen zijn. Dit toets ik wederom aan de hand van mijn in hoofdstuk 1.3.2.4 opgestelde toetsingskader.

In dit hoofdstuk zal ik niet of nauwelijks ingaan op de verschillende mogelijke hybride vermogensvormen. Ook zal ik niet ingaan op de fiscale gevolgen van financieringen in andere valuta.

7.2 Nederland

7.2.1 Onderscheid tussen EV en VV

In de vennootschapsbelasting is het onderscheid tussen eigen vermogen (kapitaal) en vreemd vermogen (schuld, lening) essentieel.⁷⁸⁸ De beide vermogenssoorten worden fiscaal namelijk volstrekt verschillend behandeld.⁷⁸⁹ Van eigen vermogen is de betaalde vergoeding (dividend) op grond van art. 10 lid 1a Wet VPB 1969 bij de kapitaalnemer niet aftrekbaar.⁷⁹⁰ Voor de fiscale gevolgen bij de kapitaalgever, is het de vraag of de deelnemingsvrijstelling van toepassing is (art. 13 Wet VPB 1969). Als de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, is het dividend onbelast. Als de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is, is het dividend belast. Indien sprake is van vreemd vermogen dan is de vergoeding (rente) fiscaal in principe aftrekbaar bij de debiteur en belast bij de

⁷⁸⁸ Zie ook Stevens die onder meer ingaat op de behandeling van eigen en vreemd vermogen en de samenhang met de visie op de positie van de vennootschap en de relatie met de geldverschaffers; S.A. Stevens, De toekomst van de renteaftrek in de vennootschapsbelasting, TFO 2017/150.4, paragraaf 2.

⁷⁸⁹ Zie voor een kritische beschouwing hierop ook H. Vording, 'Waarom was rente ook al weer aftrekbaar', *NtFR* 2011/1960.

⁷⁹⁰ Zie ook art. 10 lid 1d Wet VPB 1969: bij het bepalen van de winst komen niet in aftrek vergoedingen op een geldlening alsmede waardemutaties van de lening, indien de lening onder zodanige voorwaarden is aangegaan dat deze feitelijk functioneert als eigen vermogen van de belastingplichtige.

crediteur. Een eventueel resultaat op de hoofdsom behoort ook tot het fiscale resultaat, dat wil zeggen dat een afwaardering van de lening bij de crediteur op basis van goed koopmansgebruik in beginsel fiscaal aftrekbaar is.

De fiscale kwalificatie van een geldverstrekking is niet wettelijk geregeld,⁷⁹¹ maar is nader ingevuld door de rechter. In BNB 1988/217⁷⁹² heeft de Hoge Raad – in één van de belangrijkste arresten ten aanzien van de fiscale kwalificatie van een geldverstrekking – bepaald dat de civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking in beginsel bepalend is. Vervolgens besliste de Hoge Raad dat er uitzonderingen zijn op deze regel en dat een lening fiscaal geherkwalificeerd kan worden in kapitaal indien er sprake is van i. een schijnlening⁷⁹³, ii. een deelnemerschapslening⁷⁹⁴, of iii. een bodemlozeputlening⁷⁹⁵. In de arresten BNB 2014/79 en BNB 2014/80 heeft de Hoge Raad arrest gewezen over de vraag of een civielrechtelijke kapitaalverstrekking voor fiscale doeleinden kan worden aangemerkt als een geldlening.⁷⁹⁶ De Hoge Raad oordeelde dat een dergelijke herkwalificatie niet mogelijk is.

Opmerkelijk vind ik nog dat de staatssecretaris op 23 februari 2018 heeft aangegeven dat het kabinet streeft naar een meer gelijke behandeling van eigen- en vreemd vermogen bij alle vennootschapsbelastingplichtigen.⁷⁹⁷ Het kabinet wil dit doen door geen zogenoemde

⁷⁹¹ In de periode 2002-2007 zijn de door de Hoge Raad geformuleerde regels omtrent fiscale kwalificatie van een geldverstrekking wel wettelijk opgenomen geweest in de Wet VPB 1969.

⁷⁹² HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217.

⁷⁹³ Er is sprake van een zogenoemde schijnlening, indien alleen naar de schijn sprake is van een lening, terwijl partijen in werkelijkheid hebben beoogd een kapitaalverstrekking tot stand te brengen.

⁷⁹⁴ Er is sprake van een zogenoemde deelnemerschapslening, indien de lening is verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar. In HR 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208 geeft de Hoge Raad een nadere invulling aan de deelnemerschapslening. Er is sprake van een deelnemerschapslening indien cumulatief aan de volgende voorwaarden is voldaan i. de vergoeding voor de geldverstrekking is afhankelijk van de winst ii. de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers en iii. de schuld heeft geen vaste looptijd doch is slechts opeisbaar bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie. In HR 25 november 2005, nr. 40989, BNB 2006/82 is een nadere invulling gegeven aan de begrippen “winstafhankelijkheid” en “looptijd” van een deelnemerschapslening. Voor wat betreft de winstafhankelijkheid oordeelt de Hoge Raad dat ook een gedeeltelijk vaste, gedeeltelijk variabele rente (naar de winst van de debiteur) voldoet aan dit criterium. In onderhavig casus was sprake van een vaste vergoeding van 1% van de hoofdsom, en daarnaast een percentage van de winst van de debiteur. Voorts was in onderhavige casus de looptijd van de lening zodanig lang - meer dan 50 jaar - dat aan de omstandigheid dat de lening een vaste looptijd heeft van 95 jaar zelfstandige betekenis moet worden ontegensproken. In HR 5 januari 2018, nr. 16/01047, V-N 2018/4.5 besliste de Hoge Raad dat de criteria voor het vaststellen van een deelnemerschapslening niet materieel moeten worden beoordeeld. Een dergelijke opvatting strookt volgens de Hoge Raad niet met het uitgangspunt dat voor de beantwoording van de vraag of in de fiscale sfeer een geldverstrekking als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, als regel de civielrechtelijke vorm beslissend is.

⁷⁹⁵ Er is sprake van een zogenoemde bodemlozeputlening, indien een geldlening verstrekt is onder zodanige omstandigheden dat aan de uit die lening voortvloeiende vordering, naar de crediteur reeds aanstands duidelijk moet zijn geweest, voor het geheel of voor een gedeelte geen waarde toekomt omdat het door hem ter leen verstrekte bedrag niet of niet ten volle zal kunnen worden terugbetaald, zodat het geheel of gedeeltelijk zijn vermogen - voor zover dat niet bestaat uit de aandelen in de dochtervennootschap - blijvend heeft verlaten.

⁷⁹⁶ HR 7 februari 2014, nr. 12/03540 en nr. 12/04640, BNB 2014/79 en BNB 2014/80.

⁷⁹⁷ Brief van de Staatssecretaris van Financiën, 23 februari 2018, Aanpak belastingontwijking en ontduiking, kenmerk 2018-0000026987, V-N 2018/14.2. Het streven het fiscale onderscheid tussen eigen- en vreemd vermogen te verkleinen is overigens vaker aan bod gekomen. Zie Kamerstukken 2016-2017, 32013, nr. 121 (motie Koolmees en Nijboer) en Kamerstukken II 2016-2017, 25 087, nr. 144 (motie Schouten en van Weyenberg).

groepsuitzondering op te nemen in de earningsstrippingregeling die per 1 januari 2019 op grond van de Antibelastingontwikkelingsrichtlijn in de Nederlandse wet moet zijn geïmplementeerd. Dit bespreek ik nader in hoofdstuk 7.2.4.2.4.

7.2.2 Onzakelijke lening⁷⁹⁸

7.2.2.1 Historische ontwikkeling en ratio

Verstrekt een rechtspersoon (crediteur) een lening aan een andere rechtspersoon (debiteur), dan valt deze lening in beginsel in de ondernemingssfeer. De lotgevallen van de hoofdsom (zoals afwaarderingen) en de vergoedingen over de hoofdsom (rente) maken onderdeel uit van de totaalwinst. Op grond van goed koopmansgebruik, het voorzichtigheidsbeginsel, kan de crediteur de lening in beginsel afwaarderen in het jaar van waardevermindering. Dit laatste betreft de vaststelling van de jaarwinst. Is de lening aangegaan tussen gelieerde partijen, dan wordt voor de fiscale winstbepaling uitgegaan van leningscondities die zakelijk (at arm's length) zijn.⁷⁹⁹ De invloed van de aandeelhouder als zodanig moet uit de fiscale winstberekening worden geëlimineerd. Vanuit deze totaalwinstgedachte vult mijns inziens de Hoge Raad nader in hoe moet worden omgegaan met een onzakelijke lening (debiteurenrisico).⁸⁰⁰ Als basisarrest van de onzakelijke leningproblematiek kan BNB 2008/191⁸⁰¹ worden gezien. In dit arrest beslist de Hoge Raad dat een afwaarderingsverlies niet ten laste van de winst mag worden gebracht, indien een derde de desbetreffende lening niet onder dezelfde voorwaarden, feiten en omstandigheden zou hebben verstrekt. De Hoge Raad heeft vervolgens op 25 november 2011 een drietal arresten gewezen, waarin hij nadere uitleg geeft over in de literatuur en praktijk gerezen vragen over de onzakelijke lening.⁸⁰² Deze arresten kunnen als een soort college over de onzakelijk lening problematiek worden gezien. De latere arresten van de Hoge Raad over de onzakelijke lening betreffen veelal een nadere invulling van de nog talloze openstaande punten.⁸⁰³ De onzakelijke lening problematiek kan zich ook voordoen tussen de aandeelhouder-natuurlijk persoon en zijn BV. Ten aanzien van de (on)zakelijkheid van een borgstelling kan eenzelfde problematiek worden onderscheiden.⁸⁰⁴

⁷⁹⁸ Delen van dit hoofdstuk zijn ook terug te vinden in F.J. Elswaier/J. Grave/J. van Strien, De onzakelijke lening in rechtsvergelijkend perspectief met Duitsland, WFR 2013/6992.

⁷⁹⁹ Sinds 2002 is het at arm's lengthbeginsel in art. 8b Wet VPB 1969 vastgelegd. Met het opnemen van dit beginsel in de wet is fundamenteel overigens niets veranderd aan de totaalwinstbepaling. Het zakelijk handelen ligt immers reeds besloten in het totaalwinstconcept, zoals dat ook reeds vóór 2002 gold. Zie art. 3.8 Wet IB 2001 juncto art. 8 lid 1, Wet VPB 1969 en hoofdstuk 5.2.1.

⁸⁰⁰ A-G Niessen is in een recente zaak eenzelfde mening toegedaan. Hij merkt in een zaak met nummer 17/01191 (datum 17 augustus 2017) op dat als gevolg van de toepasselijkheid van de totaalwinstgedachte op de onzakelijke lening omlaag de onzakelijke-leningjurisprudentie ook in een dergelijke geval van toepassing is. Dit volgt volgens de A-G al uit het Zweeds grootmoeder arrest (BNB 1978/252). De Hoge Raad heeft de zienswijze van de A-G helaas niet expliciet bevestigd. De Hoge Raad verklaarde het beroep in cassatie van de belastingplichtige zonder nadere motivering ongegrond (HR 2 maart 2018, nr 17/01191). Zie ook Arts, die de wettelijke grondslag van de onzakelijke lening uitgebreid heeft geanalyseerd; J.H.M. Arts, De wettelijke grondslag van de onzakelijke lening, WFR 2015/314.

⁸⁰¹ HR 9 mei 2008, nr. 43849, BNB 2008/191.

⁸⁰² HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, nr. 10/05161, BNB 2012/38 en nr. 10/04588, BNB 2012/78.

⁸⁰³ In mijn onderzoek ga ik niet expliciet in op alle door de Hoge Raad gewezen arresten over de nadere invulling van de onzakelijke lening problematiek. Voor een nadere uiteenzetting van de onzakelijke leningleer en overzicht van de jurisprudentie verwijs ik onder andere naar A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, de onzakelijke lening anno 2014 - deel I en deel II, MBB 2014/05, MBB 2014/06 en P.G.H. Albert, De onzakelijke lening, TFO 2014/134.1.

⁸⁰⁴ In mijn onderzoek zal ik deze aspecten niet nader bespreken. Voor de fiscale gevolgen in de IB-sfeer verwijs ik naar de volgende literatuur: J.N. Bouwman, Onzakelijk en ongebruikelijk - de moeizame behandeling van afwaarderingsverliezen onzakelijke geldleningen in de tbs-sfeer, SDU ftv 2013/05/24; E.J.W. Heithuis, Onzakelijke leningen in de tbs-sfeer, WFR 2012/528 en N.M. Ligthart, De onzakelijke lening in de tbs-sfeer,

Een onzakelijke lening kwalificeert zowel civiel- als fiscaalrechtelijk als een lening (vreemd vermogen). Bij het wijzen van de arresten over de onzakelijke lening blijft de Hoge Raad bij zijn leer over het voor de vennootschapsbelasting bestaande materiële onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen (zie ook hoofdstuk 7.2.1).

7.2.2.2 *Onder welke omstandigheden is sprake van een onzakelijke lening?*

Is een lening overeengekomen tussen gelieerde partijen, dan dient voor de fiscale winstbepaling te worden uitgegaan van leningscondities die zakelijk (at arm's length) zijn. Zijn de overeengekomen condities niet zakelijk, dan dient volgens de Hoge Raad zakelijkheid in beginsel te worden gerealiseerd via het rentepercentage (prijscorrectie). Indien een derde de lening (onder vergelijkbare omstandigheden en overeengekomen voorwaarden) slechts tegen een hogere rente zou hebben willen verstrekken, dan wordt de rente dienovereenkomstig fiscaal in aanmerking genomen en is geen sprake van een onzakelijke lening volgens het begrippenkader van de Hoge Raad. Alleen in situaties waarin geen rente of slechts een winstdelende rente kan worden bepaald waaronder een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde lening te verstrekken, is volgens de Hoge Raad sprake van een 'onzakelijke lening'. Dat wil zeggen, een lening met een zodanig debiteurenrisico dat een derde deze niet zonder nadere garanties of borgstelling zou hebben verstrekt. Alsdan moet – behoudens bijzondere omstandigheden⁸⁰⁵ – ervan worden uitgegaan dat de betrokken vennootschap dit risico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van de met haar gelieerde vennootschap in de hoedanigheid van aandeelhouder dan wel dochtervennootschap te dienen. Dit brengt mee dat een eventueel verlies op de geldlening niet op de winst van de vennootschap in mindering kan worden gebracht.⁸⁰⁶

Of sprake is van een onzakelijke lening is afhankelijk van alle relevante feiten en omstandigheden. Elementen die een rol kunnen spelen bij de vaststelling van een onzakelijke lening zijn, bijvoorbeeld, het wel of niet aanwezig zijn van een leningsovereenkomst, het betalen versus het bijschrijven van de rente en de voorwaarden waaronder een lening is verstrekt. Bij dit laatste valt te denken aan de vraag of er (adequate) zekerheden zijn gesteld, of er een aflossingsschema is overeengekomen en of de voorwaarden in de overeenkomst ook worden nageleefd.⁸⁰⁷

In één van de basisarresten (BNB 2012/37) over de onzakelijke lening spreekt de Hoge Raad over een geldlening tussen *gelieerde partijen*. Dit wekte de indruk dat een geldlening tussen niet-gelieerde partijen (tussen "echte" derden) geen onzakelijke lening kan zijn. Uit BNB 2015/141 en BNB 2016/133⁸⁰⁸ blijkt mijns inziens echter dat ook een onzakelijke lening aan een derde-partij als onzakelijke lening kan worden aangemerkt, als dit de persoonlijke behoefte van de aandeelhouder bevredigt, dan wel een debiteurenrisico is aanvaard met de bedoeling het belang van de aandeelhouder te dienen.

De toets of sprake is van een onzakelijke lening dient te worden aangelegd op het moment van aangaan van de lening. Indien vastgesteld is dat sprake is van een zakelijke lening dan kan deze door

wetgever grijp in, NTFR-B 2012/6. Voor een analyse ten aanzien van borgstelling en tbs verwijs ik naar N.M. Ligthart en H.K. Nijkamp, Borgstelling en tbs, een paar apart! WFR 2013/776.

⁸⁰⁵ Zie hieromtrent HR 14 oktober 2016, nr. 16/01370, BNB 2017/6. Op de bewoordingen "behoudens bijzondere omstandigheden" ga ik niet nader in.

⁸⁰⁶ Zie HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, r.o.3.3.3. Indien vastgesteld is dat sprake is van een onzakelijke lening, dan geldt deze kwalificatie voor de hele lening als zodanig. De lening kan dus niet gesplitst worden in een zakelijk deel en een onzakelijk deel (zie r.o. 3.3.5.).

⁸⁰⁷ Bobeldijk en Van der Velden wijzen erop dat niet alleen de voorwaarden van de leningsovereenkomst, maar ook andere feiten van belang kunnen zijn. Zij leiden uit de jurisprudentie af dat gedacht kan worden aan commerciële prognoses, omvang van het eigen vermogen van de debiteur, aard en omvang van de bezittingen van de debiteur, inkomensbronnen van de debiteur, leeftijd van de geldverstrekker ingeval van een geldverstrekking in de terbeschikkingstellingssfeer, mate van overschrijding van kredietlimieten, het blijven verstrekken van geldleningen ondanks afwaardering, het achterwege laten van invorderingsmaatregelen, de kennis die de geldverstrekker heeft van de debiteur, zie A.C.P. Bobeldijk/R.L.P. van der Velden, De onzakelijke lening anno 2014 – deel 1, MBB 2014/05, paragraaf 4.2 en de daar aangehaalde verwijzingen naar de jurisprudentie.

⁸⁰⁸ HR 20 maart 2015, nr. 13/05470, BNB 2015/141 en HR 22 mei 2016, nr. 15/03701, BNB 2016/133.

onzakelijk handelen (of het onzakelijk nalaten van handelen, bijvoorbeeld door geen zekerheden in te roepen) alsnog onzakelijk worden.⁸⁰⁹

7.2.2.3 Fiscale gevolgen van de kwalificatie onzakelijke lening

Staat eenmaal vast dat er sprake is van een onzakelijk lening, dan geldt voor de crediteur dat een verlies ter zake van een afwaardering niet ten laste van de fiscale winst kan worden gebracht. Bij een zogenoemde lening omlaag (van moedermaatschappij naar deelneming) kan een afwaarderingsverlies mogelijk nog te gelde worden gemaakt bij een eventuele liquidatie van de deelneming door toepassing van de liquidatieverliesregeling (art. 13d Wet VPB 1969).⁸¹⁰

Er zijn – voor zover thans bekend – geen fiscale gevolgen voor de debiteur op het moment dat een lening als onzakelijk wordt bestempeld. De onzakelijke lening is voor de debiteur een schuld en deze schuld blijft doorgaans op de fiscale balans op de nominale waarde staan. De terugbetalingsverplichting voor de debiteur blijft immers onverkort bestaan. In BNB 2016/133⁸¹¹ heeft de Hoge Raad expliciet beslist dat wat voor de crediteur geldt, ook voor de debiteur geldt. Waar de schuldeiser een verlies op een onzakelijke lening niet in aftrek kan brengen, hoeft de schuldenaar volgens de Hoge Raad geen winst in aanmerking te nemen, aangezien dit voordeel ook voor de schuldenaar opkomt in de (onbelaste) aandeelhouderssfeer.

7.2.2.4 Rente en de onzakelijke lening

Kwalificeert een lening als onzakelijk, dan rijst de vraag of, en zo ja op welke wijze een rentecorrectie dient plaats te vinden. De Hoge Raad geeft in BNB 2012/37 aan dat er argumenten zijn voor de opvatting dat bij de vaststelling van de fiscale winst van de crediteur en de debiteur de in aanmerking te nemen rente op een onzakelijke lening moet worden ontdaan van iedere opslag voor debiteurenrisico. Dit heeft echter volgens de Hoge Raad als gevolg dat de uitlenende concernvennootschap – in geval zij de lening bij derden heeft gefinancierd – fiscaal een structureel verlies zou lijden op de financiering van de gelieerde vennootschap. Dit nadeel vindt de Hoge Raad blijkbaar dermate zwaarwegend dat hij kiest voor een soort vuistregel (de borgstellingsanalogie). Als vuistregel geldt dat de rente op de onzakelijke lening wordt gesteld op de rente die de gelieerde vennootschap zou moeten vergoeden indien zij met een borgstelling van de concernvennootschap onder overigens gelijke voorwaarden van een derde zou lenen.⁸¹² Met deze benadering voorkomt de Hoge Raad dat er met betrekking tot de rentelast verschil ontstaat in het resultaat van de gelieerde vennootschap al naar gelang onder borgstelling van een derde wordt geleend, of rechtstreeks van de concernvennootschap. In BNB 2013/149⁸¹³ heeft de Hoge Raad meer duidelijkheid verschaft omtrent de fiscale behandeling en waardering van een renteloze lening, rente-imputatie en een rentevordering. De rentevordering die ontstaat moet volgens de Hoge Raad worden gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer. Dit betekent kort geformuleerd dat alleen een reëel bedrag aan rente in de winstsfeer terecht komt. Aangezien de waarde in het economische verkeer van de

⁸⁰⁹ In zijn arrest van 1 maart 2013, 12/03088, BNB 2013/148 heeft de Hoge Raad bevestigd dat een zakelijke lening gedurende haar looptijd door onzakelijk handelen van de crediteur alsnog een onzakelijke lening kon worden.

⁸¹⁰ In BNB 2014/98 doet de Hoge Raad een uitspraak omtrent het moment dat het opgeofferd bedrag wordt verhoogd. "Pas als definitief vaststaat dat de debiteur niet meer aan zijn aflossingsverplichting zal voldoen – zoals bij kwijtschelding van de (oninbare) vordering of bij liquidatie van de vennootschap – zal dat verlies gelijkgesteld moeten worden met een informele kapitaalstorting." Volledigheidshalve merk ik op dat bij een lening omhoog (bijvoorbeeld van deelneming naar moedermaatschappij) het verlies definitief niet in aftrek komt. Een toekomstig liquidatieverlies is in deze feitelijke constellatie niet aan de orde, aangezien een dochtervennootschap optreedt als crediteur/schuldeiser en niet deelneemt in de inlenende moedervennootschap (debiteur/schuldenaar).

⁸¹¹ HR 22 mei 2016, nr. 15/03701, BNB 2016/133.

⁸¹² De Hoge Raad kiest voor deze benadering omdat het debiteurenrisico dat een vennootschap bij het verstrekken van een onzakelijke lening aanvaardt, te vergelijken is met het risico dat wordt gelopen door een vennootschap die zich borg stelt voor een lening die onder vergelijkbare voorwaarden rechtstreeks bij een derde is opgenomen door een met haar gelieerde vennootschap.

⁸¹³ HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, BNB 2013/149.

rentevordering bij een onzakelijke lening in vele gevallen nihil zal zijn, wordt in de literatuur⁸¹⁴ ook wel gesuggereerd dat de vuistregel achterhaald is (dan wel in veel gevallen praktische betekenis mist).

7.2.3 Renteaftrekbeperkingen⁸¹⁵

7.2.3.1 Inleiding

Financieringskosten zijn – evenals andere kosten – in beginsel aftrekbaar van de winst. De Nederlandse wetgever heeft in de wet echter een groot aantal specifieke regels opgenomen die de aftrek van financieringskosten (rente) kunnen beperken. In Nederland heeft de wetgever gekozen voor zogenoemde specifieke renteaftrekbeperkingen. Daarmee bedoel ik dat de rente die samenhangt met een bepaalde transactie of gebeurtenis mogelijk niet in aftrek komt.⁸¹⁶ Om te bepalen of de rente in aftrek kan worden gebracht, zijn in Nederland de volgende renteaftrekbeperkingen van belang:

- Art. 8c Wet VPB 1969
- Art. 10a Wet VPB 1969
- Art. 10b Wet VPB 1969
- Art. 13l Wet VPB 1969
- Art. 15ad Wet VPB 1969

Alvorens ik hieronder in zal gaan op de belangrijkste kenmerken, ratio en wetsgeschiedenis van de renteaftrekbeperkingen is het mijns inziens belangrijk te constateren dat vóórdat men aan renteaftrekbeperkingen toekomt de vraag of sprake is van een lening of kapitaal reeds gepasseerd is. Wordt een lening fiscaal geherkwalificeerd als kapitaal dan is de vergoeding niet aftrekbaar op grond van de jurisprudentie (zie hoofdstuk 7.2.1). Ook ga ik er vanuit dat sprake is van een zakelijke (at arm's length) overeengekomen rente, want alleen een zakelijke rente is aftrekbaar bij de debiteur.

Tot slot wijs ik er op dat renteaftrek mogelijk ook nog beperkt kan worden door *fraus legis*.⁸¹⁷ Tot 1997 bestonden er geen wettelijke regels die de renteaftrek beperkten, zodat een beroep op *fraus legis* het belangrijkste middel van de fiscus was om ongewenste structuren te bestrijden. Inmiddels zijn in de wet verschillende bepalingen omtrent renteaftrek opgenomen. Ik ga overigens niet expliciet in op de vraag of Nederlandse renteaftrekbeperkingen in strijd zijn met het EU-recht.⁸¹⁸ Daarvoor verwijs ik naar Van Os die tot de conclusie komt dat de renteaftrekbeperkingen art. 10a, 10b, 13l en

⁸¹⁴ Zie de door Egelie in zijn noot bij BNB 2013/149 aangehaalde literatuur.

⁸¹⁵ Delen van dit hoofdstuk zijn ook opgenomen in het door mij verzorgde deel van de Kluwer VPB gids 2017 en het artikel F.J. Elswier/J.A.G. van der Geld, Renteaftrekbeperkingen in de Nederlandse vennootschapsbelasting: tijd voor sanering! TFO 2012/120.1.

⁸¹⁶ Dit in tegenstelling tot een generieke renteaftrekbeperking, waaronder ik versta een bepaling die onafhankelijk van een bepaalde transactie of gebeurtenis rente beperkt aan de hand van bijvoorbeeld de vermogenspositie van desbetreffende entiteit. Voorbeelden van een generieke renteaftrekbeperking is de *thincapregeling* (art.10d Wet VPB 1969 oud), zoals deze tot 1 januari 2013 heeft gegolden en de in Duitsland van toepassing zijnde *earningsstrippingmaatregel*.

⁸¹⁷ Er is sprake van *fraus legis* indien een transactie in strijd is met doel en strekking van de wet en daarbij belastingbesparing het doorslaggevende motief is. Voor een verdere uiteenzetting van het leerstuk *fraus legis* verwijs ik naar R. IJzerman, *Formeel Belastingrecht*, Hoofdzaken Formeel Belastingrecht, Boom, 2014, 2^e druk, hoofdstuk 8.

⁸¹⁸ Ik ga niet expliciet in op de EU-rechtelijke aspecten van deze renteaftrekbeperkingen vanwege het feit dat Nederland per 1 januari 2019 verplicht is de *earningsstrippingmaatregel* te implementeren en van plan is enkele bestaande renteaftrekbeperkingen te schrappen. Daarnaast heeft Duitsland een *earningsstrippingmaatregel*, zodat het mijns inziens meer voor de hand ligt in dit hoofdstuk de focus te leggen op deze nieuw voorgestelde EU-regeling in plaats van de EU-aspecten van de bestaande Nederlandse renteaftrekbeperkingen.

15ad Wet VPB 1969 niet expliciet, maar mogelijk wel in hun praktische uitwerking een verkeersvrijheidsbelemmerende werking hebben.⁸¹⁹

7.2.3.2 Art. 8c Wet VPB 1969: Doorstroomvennootschap met te weinig substance

Door rente- en royaltystromen via Nederland te laten lopen, wordt toegang verkregen tot de door Nederland gesloten belastingverdragen. Nederland kent tot op heden geen bronheffing op interest en royalty's.⁸²⁰ Indien de door Nederland met derde-landen afgesloten verdragen op het punt van verrekening van bronheffing voordeliger zijn dan de verdragen die van toepassing zouden zijn indien de renten en royalty's niet via Nederland lopen (dan wel in niet-verdragssituaties), zijn dergelijke belastingroutes interessant. Internationaal (onder andere in het Primarolo rapport⁸²¹), kwam er de nodige kritiek op het Nederlandse rulingbeleid en beleid ten aanzien van doorstroomlichamen. Nederland heeft zich iets van deze kritiek aangetrokken en met ingang van 1 januari 2002 is art. 8c Wet VPB 1969 ingevoerd. De regeling heeft als doel te voorkomen dat zogenoemde "doorstroomvennootschappen" (vennootschappen zonder substance, die geen reëel risico lopen) via door Nederland gesloten belastingverdragen aanspraak kunnen maken op verrekening van de door andere landen geheven belasting ter zake van rente en royalty's.⁸²²

Art. 8c Wet VPB 1969 is van toepassing indien een lichaam zich bezighoudt met het in- en doorlenen van gelden van en aan verbonden lichamen en het desbetreffende lichaam geen reële risico's loopt. Een lichaam wordt geacht geen reële risico's te lopen, indien het eigen vermogen van de doorstroomvennootschap ter dekking van de risico's minder bedraagt dan € 2.000.000 of 1% van het bedrag van de uitstaande geldleningen. Daarbij moet het doorstroomlichaam aannemelijk maken dat dit bedrag aan eigen vermogen ter dekking van de met de samenhangende leningen gelopen risico's dient en dat het eigen vermogen daardoor aangetast kan worden.⁸²³ Tot slot gelden de in artikel 3a lid 7 Uitvoeringsbesluit internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen genoemde substance-eisen - waaraan houdsters en financieringsmaatschappijen moeten voldoen - over het algemeen ook voor doorstroomvennootschappen. Is er sprake van zogenoemde doorstroomactiviteiten en worden ter zake van de in- en uitlening van gelden geen reële risico's gelopen dan valt de rente buiten de Nederlandse grondslag en is deze dus niet aftrekbaar en ontvangen rente niet meer belast.

Om belastingontwijking tegen te gaan is de nieuwe regering onder andere voornemens een bronheffing in te voeren op interest en royalty's op uitgaande financiële stromen naar laagbelastende landen.⁸²⁴ De staatssecretaris heeft aangegeven dat een bronbelasting ingehouden gaat worden als een in Nederland gevestigde entiteit binnen concernverband dividenden, rente of royalty's betaalt aan een entiteit die is gevestigd in een land met een laag statutair tarief, óf een land dat is opgenomen op de (zwarte) EU-lijst van niet coöperatieve landen.⁸²⁵ Wat verstaan moet worden onder "binnen concernverband" is niet geconcretiseerd. Ook is op het moment van schrijven nog niet nader toegelicht wat verstaan moet worden onder een land met een laag statutair tarief. De

⁸¹⁹ P.B.N. van Os, De unierechtelijke houdbaarheid van de Nederlandse renteaftrekbeperkingen (deel 1 en deel 2), MBB 2016/3 en MBB 2016/4.

⁸²⁰ De nieuwe regering heeft in het regeerakkoord van 10 oktober 2017 aangekondigd dat daar verandering in gaat komen. Dit licht ik aan het einde van hoofdstuk 7.2.3.2 nog nader toe.

⁸²¹ Rapport werkgroep Primarolo over schadelijke belastingconcurrentie, 23 november 1999, V-N 2000/6.6.

⁸²² Kamerstukken II, 2001-2002, 28034, nr. 3, blz. 8.

⁸²³ Een doorstroomlichaam kan om een ruling verzoeken waarin de hoogte van de zakelijke vergoeding wordt vastgelegd en/of het lichaam reële risico's loopt. In het besluit van 3 juni 2014, DGB 2014/3101, V-N 2014/32.5 en het besluit van 3 juni 2014, DGB 2014/3102, V-N 2014/32.6 zijn nadere voorwaarden en een toelichting opgenomen die de Belastingdienst hanteert bij het afgeven van een ruling voor doorstroomvennootschappen.

⁸²⁴ Zie ook F.P.G. Pötgens, Het regeerakkoord en het vestigingsklimaat, WFR 2017/227 en J. Vleggeert/H. Vording, Naar een bronbelasting op rente en royalty's: een stap verder dan het regeerakkoord, WFR 2018/3.

⁸²⁵ Brief van de staatssecretaris van Financiën, 23 februari 2018, Aanpak belastingontwijking en ontduiking, kenmerk 2018-0000026987, V-N 2018/14.2.

planning is dat de afschaffing van dividendbelasting en bronheffing op dividenden in bovengenoemde gevallen vanaf 1 januari 2020 van toepassing is en de bronheffing op rente en royalty's vanaf 1 januari 2021. De staatssecretaris gaat ook in op een mogelijke aanscherping van art. 8c Wet VPB 1969. Hij merkt op dat hij de beleidsmatige noodzaak voor het treffen van een aanscherping wil bezien in samenhang met de in te voeren bronbelastingen op rente en royalty's.

7.2.3.3 Art. 10a Wet VPB 1969: Winstdrainage

Met ingang van 1 januari 1997 is art. 10a Wet VPB 1969 in werking getreden. De problematiek waarop art. 10a Wet VPB 1969 ziet, staat bekend als winstdrainage, ook wel uitholling van de belastinggrondslag genoemd. Het gaat hierbij om (kunstmatige) structuren waarbij in Nederland belastbare winst wordt geërodeerd door middel van het creëren van een renteaftrek ten gunste van veelal laag belaste buitenlandse of binnenlandse groepsvennootschappen met verliesverrekeningsmogelijkheden. Die lage belastingdruk komt veelal voort uit een laag tarief, of speciale faciliteiten waardoor de grondslag waarover belasting wordt geheven in vergelijking met Nederland laag is. De rente is in Nederland aftrekbaar tegen het normale vennootschapsbelastingtarief, terwijl de daartegenover staande rentebate – bijvoorbeeld ontvangen in een tax haven – tegen een laag effectief belastingtarief wordt belast. In de jaren tachtig van de vorige eeuw zijn deze structuren in zwang gekomen en bij gebreke aan specifieke wetgeving op dit punt heeft de fiscus deze structuren primair bestreden met een beroep op richtige heffing en/of *fraus legis*.⁸²⁶ Toen gaandeweg duidelijk werd dat het beroep op *fraus legis* niet steeds tot het door de fiscus gewenste resultaat leidde, is echter met ingang van 1 januari 1997 met de introductie van art. 10a Wet VPB 1969 paal en perk gesteld aan deze structuren. Art. 10a Wet VPB 1969 ziet in zijn algemeenheid op situaties waarin, vanuit de groep van verbonden lichamen (*concern*) bezien, eigen vermogen naar een Nederlands lichaam uit die groep wordt gepresenteerd als vreemd vermogen. Art. 10a Wet VPB 1969 heeft een tweeledig doel. Enerzijds is de bepaling een codificatie van op *fraus legis* gebaseerde jurisprudentie van de Hoge Raad en anderzijds een bijstelling van deze jurisprudentie in een door de fiscus meer gewenste richting.⁸²⁷ Met ingang van 1 januari 2007 is art. 10a Wet VPB 1969 uitgebreid naar externe acquisities en verving het daarmee tevens de renteaftrekbeperkingen voor overnameholdings die oorspronkelijk waren opgenomen in art. 15ad, art. 14a lid 8 en 14b lid 6 Wet VPB 1969 (oud). Art. 10a Wet VPB 1969 sluit de aftrek van rente uit. Onder rente moet ook worden verstaan kosten en valutaresultaten.⁸²⁸ In het kort houdt art. 10a lid 1

⁸²⁶ Richtige heffing is opgenomen in art. 31 AWR en *fraus legis* is rechtersrecht. De toepassingsvoorwaarden voor beide leerstukken zijn mijns inziens gelijk (motiefvereiste en normvereiste), maar de uitwerking kan heel verschillend zijn (omdat bij richtige heffing rechtshandelingen (*consequent*) moeten worden weggedacht). Richtige heffing wordt door de fiscus al geruime tijd niet meer toegepast omdat met *fraus legis* eenvoudiger hetzelfde resultaat is te bereiken. In het hiernavolgende wordt daarom nog slechts van *fraus legis* gerept.

⁸²⁷ Voor een uitgebreide uiteenzetting van de winstdrainage-arresten die de aanleiding zijn geweest voor invoering van art. 10a Wet VPB 1969 verwijs ik naar J.A.G. van der Geld, Hoofdzaken Vennootschapsbelasting, FED Fiscale Studiereseries nr. 31, Kluwer, 11^e druk, paragraaf 6.3.1.

⁸²⁸ Zie hieromtrent ook HR 24 februari 2012, nr. 10/03465, BNB 2012/229, waarin de Hoge Raad oordeelt dat valutawinsten op geldleningen die onder art. 10a vallen dienen te worden gesaldeerd met de renten en kosten van en met eventueel geleden valutaverliezen op dergelijke leningen. Indien het gezamenlijke bedrag van valutawinsten hoger is dan het gezamenlijke bedrag van renten, kosten en valutaverliezen is vervolgens het resterende gedeelte niet belast. Voor een uiteenzetting van dit arrest zie F.J. Elsweier/J. van Strien, Valutaresultaten en renteaftrekbeperkingen; de gevolgen van HR 24 februari 2012, WFR 2012/628.

Wet VPB 1969 in dat rente op een schuld aan een verbonden lichaam⁸²⁹ (of een verbonden natuurlijk persoon) in bepaalde situaties niet aftrekbaar is. Het gaat om schulden die verband houden⁸³⁰ met:

- a. een winstuitdeling of een teruggaaf van gestort kapitaal aan een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon,
- b. een kapitaalstorting in een verbonden lichaam, of
- c. de verwerving of uitbreiding van een belang in een lichaam dat na deze verwerving of uitbreiding een verbonden lichaam is.

In art. 10a lid 3 Wet VPB 1969, is de zogenoemde tegenbewijsregeling opgenomen. De rente die valt onder de aftrekbeperking van artikel 10a lid 1, mag toch in aftrek worden gebracht indien de belastingplichtige aannemelijk maakt:

- a. dat aan zowel de schuld als de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen (dubbele zakelijkheidstoets),⁸³¹ of
- b. dat over de rente per saldo een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing plaatsvindt (compenserende heffingstoets). Voor deze compenserende heffingstoets geldt dat een naar de winst geheven belasting naar Nederlandse maatstaven redelijk is indien deze resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst, waarbij artikel 12b buiten toepassing blijft. Ondanks het feit dat over de rente per saldo een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing plaatsvindt, komt die rente toch niet in aftrek ingeval de inspecteur aannemelijk maakt:
 - dat de schuld is aangegaan met het oog op het verrekenen van verliezen of andersoortige aanspraken, welke in het jaar zelf zijn ontstaan dan wel op korte termijn zullen ontstaan, of

⁸²⁹ Het begrip "verbonden lichaam" staat in art. 10a lid 4, 5, 6 Wet VPB 1969. Er is sprake van verbondenheid bij een belang van 1/3 of meer. Voor verbondenheid in de zin van art. 10a Wet VPB 1969 is volgens de Hoge Raad in zijn arrest gepubliceerd in HR 8 april 2011, nr. 10/00651, BNB 2011/156 geen zeggenschap vereist maar is een financieel belang van voldoende omvang voldoende. Voor een uiteenzetting van het begrip belang verwijs ik naar A. Rozendal, Het begrip belang in de Nederlandse belastingwetgeving, SDU 2014, hoofdstuk 5. Per 1 januari 2017 is het verbondenheidscriterium uitgebreid in die zin dat ook een "samenwerkende groep" (met individueel een belang van minder dan 1/3) sprake is van verbondenheid. Voor een kritische beschouwing op deze uitbreiding R.P.C.W.M Brandsma, Een samenwerkende groep is een groep die samenwerkt, WFR 2017/28.

⁸³⁰ Zie omtrent het noodzakelijke verband tussen lening van een verbonden lichaam en besmette transactie art. 10a lid 2 Wet VPB 1969 en HR 8 oktober 2004, nr. 39435, BNB 2005/51 en HR 17 juni 2005, nr. 40819, BNB 2005/304.

⁸³¹ In HR 5 juni 2015, nr. 14/00343, BNB 2015/165c (Mauritius-arrest) gaat de Hoge Raad nader in op de zakelijkheidstoets in art. 10a lid 3 Wet VPB 1969 en met name op de vraag of sprake is van een zogenoemde onzakelijke omleiding. Dit arrest is onder andere in de volgende artikelen nader uiteengezet: R.P.C.W.M. Brandsma/J.I. van Leeuwen, Eén Dodo maakt van 10a nog geen dode letter: de Mauritiuszaak, WFR 2016/118; R. Degano/A.W. Ravelli, Art. 10a Wet op de Vennootschapsbelasting 1969: de dubbele zakelijkheidstoets onder art. 10a Wet VPB 1969 na het 'Mauritius-arrest', MBB 2015/11 en N.M. Ligthart, De zakelijkheidstoets bij externe acquisities, NTFR-B 2016/2. Daarnaast is HR 8 juli 2016, nr. 15/00914, BNB 2016/197 (Telecom-arrest) een belangrijk arrest over de zakelijkheid van rechtshandelingen binnen concern. Tot slot wijs ik op de arresten HR 21 april 2017, nr. 16/03669, V-N 2017/22.9 t/m 22.12 (Credit Suisse), waarin de Hoge Raad onder meer uitgebreid ingaat op fraud leges en de tegenbewijsregeling van art. 10a Wet VPB 1969. De Hoge Raad maakt onder andere duidelijk dat bij het rechtens dan wel in feite direct of indirect inlenen van een externe partij via een verbonden lichaam en een besmette rechtshandeling art. 10a lid 1 van toepassing is om vervolgens uit te komen bij art. 10a lid 3. Als belastingplichtige aannemelijk maakt dat sprake is van voldoende paralleliteit tussen de externe financiering en de interne lening is aan de dubbele zakelijkheidstoets voldaan. De wetgever heeft dit gerepareerd (Belastingplan 2018) door een extra zinsnede op te nemen in art. 10a lid 3, onderdeel a Wet VPB 1969. Hieruit blijkt dat ook bij een uiteindelijk externe financiering de rechtshandeling afzonderlijk getoetst moet worden op zakelijkheid. Zie omtrent dit arrest en de renteaftrekaspecten ook M.H.C. Ruijschop, Alchemie, NTFRB 2017/49 en R.J. de Vries, Winstdrainagebepaling in de vennootschapsbelasting op de schop, WFR 2017/209.

- dat aan de schuld of de daarmee verband houdende rechtshandeling niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen (tekst vanaf 1 januari 2008).

Op 25 maart 2013 heeft de staatssecretaris een voor de praktijk belangrijk besluit⁸³² over de toepassing van art. 10a Wet VPB 1969 geactualiseerd naar aanleiding van gewijzigde wetgeving en nieuwe jurisprudentie. Dit besluit bevat verschillende beleidspunten van de staatssecretaris ten aanzien van diverse art. 10a-onderdelen.

Tot slot merk ik op dat de regering in het op 10 oktober 2017 gepubliceerde regeerakkoord heeft aangekondigd dat als gevolg van de implementatie van de earningsstrippingsmaatregel per 1 januari 2019 enkele bestaande specifieke renteaftrekbeperkingen worden afgeschaft, met uitzondering van de specifieke renteaftrekbeperking gericht tegen winstdrainage. Ik maak hier uit op dat de wetgever niet voornemens is art. 10a Wet VPB 1969 in de toekomst te schrappen.

7.2.3.4 Art. 10b Wet VPB 1969: Internationale mismatches

Het huidige art. 10b Wet VPB 1969 is met ingang van 1 januari 2007 in de wet opgenomen. Dit artikel bepaalt dat de rente en waardemutaties op de lening niet aftrekbaar zijn indien de lening cumulatief aan de volgende voorwaarden voldoet:

- De lening wordt verstrekt door een gelieerd lichaam in de zin van art. 8b Wet VPB 1969;
- De lening heeft geen vaste aflossingsdatum of een aflossingsdatum die meer dan tien jaar is gelegen na het tijdstip van het aangaan van de lening. Ten aanzien van de looptijd van de lening is in de wet tevens bepaald dat indien de aflossingsdatum wordt verschoven naar een later tijdstip de lening wordt geacht vanaf het tijdstip van totstandkoming de nieuwe aflossingsdatum te hebben gehad;
- Er is rehtens dan wel in feite geen vergoeding overeengekomen (renteloze lening) of een vergoeding die in belangrijke mate (30% of meer) lager is dan hetgeen in economische verkeer door onafhankelijke partijen zou zijn overeengekomen.

De ratio van deze bepaling is het voorkomen van internationale mismatches.⁸³³ In een ander land kan het zo zijn dat bij een renteloze lening tussen verbonden lichamen geen zakelijke rente wordt geïmputeerd (en dus aldaar geen belastingheffing plaatsvindt), terwijl Nederland op grond van de totaalwinstgedachte (ofwel at arm's lengthbeginsel) wel een zakelijke rente in aanmerking neemt en in beginsel in aftrek toestaat. De toepassing van art. 10b Wet VPB 1969 kan dubbele heffing (overkill) tot gevolg hebben. De bepaling heeft namelijk tot gevolg dat in binnenlandse situaties en in landen waarin de rente op grond van een totaalwinst – of at arm's lengthbeginsel gecorrigeerd wordt naar zakelijkheid, de rente van aftrek is uitgesloten bij de debiteur, maar wel is belast bij de crediteur. De wetgever heeft aangegeven dat indien dubbele heffing in binnenlandse verhoudingen optreedt eventueel een beroep kan worden gedaan op de hardheidsclausule om tot een passende oplossing te komen.⁸³⁴ Voor eventuele dubbele heffing indien de crediteur in het buitenland is gevestigd, is niets geregeld, hetgeen in strijd zou kunnen zijn met het EU-recht.

7.2.3.5 Art. 13l Wet VPB 1969; Aftrekbeperking bovenmatige deelnemingsrente

Art. 13l Wet VPB 1969 is relatief nieuw in de vennootschapsbelasting. De bepaling, die ziet op de beperking van aftrek van bovenmatige deelnemingsrente, is ingevoerd per 1 januari 2013 en te zien als een secundaire reactie op het Bosal-arrest.⁸³⁵ In het desbetreffende arrest bepaalde het Europese Hof van Justitie dat het niet in aftrek toelaten van de rentelasten ten aanzien van buitenlandse deelnemingen strijdig was met het Europese recht. In het toenmalige art. 13 lid 1 Wet

⁸³² Besluit staatssecretaris, 25 maart 2013, BLKB2013/110M, BNB 2013/136. Voor een uiteenzetting van het besluit verwijs ik naar F.J. Elswier/J. van Strien, Het nieuwe 'art. 10a-besluit'; de teugels worden aangetrokken, NTFR-A 2013/9 en Q.W.J.C.H. Kok/ R.J. de Vries, Winstdrainageperikelen, WFR 2014/116.

⁸³³ Kamerstukken II, 2005-2006, 30 572, nr. 3, blz. 50.

⁸³⁴ Brief Staatssecretaris van Financiën, 14 juni 2007, nr. CPP2007/00826, V-N 2007/30.13. Daarin wordt goedgekeurd dat de meesleepregeling ook van toepassing is op leningen die na 1 januari 2007 onder de aftrekbeperking van art. 10b Wet VPB 1969 vallen. Voorwaarde is wel dat de 10b-lening vóór 1 januari 2007 reeds bestond en dat de voorwaarden van de geldlening niet gewijzigd zijn.

⁸³⁵ HvJ EU van 18 september 2003, nr. C-168/01, BNB 2003/344.

VPB 1969 waren deze rentelasten effectief uitgesloten, omdat deze niet middellijk dienstbaar zijn aan het behalen van in Nederland belastbare winst. De wetgever koos er na de Bosal uitspraak voor om voortaan alle rentelasten ten aanzien van zowel binnenlandse als buitenlandse deelnemingen in aftrek toe te laten. Per 1 januari 2004 werd als gevolg van het Bosal-arrest een thincap-regeling (art.10d Wet VPB 1969 oud)⁸³⁶ ingevoerd, alsmede de in hoofdstuk 6.3.2. besproken houdster- en financieringsverliesregel. De thincapregeling werd per 1 januari 2013 vervangen door het huidige art. 13I Wet VPB 1969, omdat laatstgenoemde bepaling beter geschikt zou zijn om het Bosal-gat te dichten.⁸³⁷ Art. 13I Wet VPB 1969 heeft als doel te voorkomen dat de belastinggrondslag wordt uitgehold door de bovenmatige financiering van deelnemingen met vreemd vermogen.⁸³⁸ Kern van de aftrekbeperking is een rekenregel (art. 13I lid 1 Wet VPB 1969) waarin beschreven staat hoe de deelnemingsschuld moet worden vastgesteld. De deelnemingsschuld is het verschil tussen het gezamenlijke bedrag van de verkrijgingsprijzen van de deelnemingen en het (fiscaal) eigen vermogen. De rente die samenhangt met de deelnemingsschuld is niet aftrekbaar. Om het MKB te ontzien en de administratieve lasten te beperken, is de aftrekbeperking slechts van toepassing voor zover de bovenmatige deelnemingsrente hoger is dan € 750.000 per jaar. Daarnaast wilde de wetgever zoveel mogelijk het ondernemings- en vestigingsklimaat ontzien. Daarom worden uitbreidingsinvesteringen (uitbreiding van operationele activiteiten, art. 13I lid 5 Wet VPB 1969) uitgezonderd. Deelnemingen die door de groep zijn verworven of uitgebreid door daar eigen vermogen in te brengen in verband met een uitbreiding op dat moment dan wel in de daaraan voorafgaande of daaropvolgende periode van twaalf maanden gelden als uitbreidingsinvestering. De verkrijgingsprijs die daaraan kan wordt toegerekend, kan in mindering worden gebracht op het totaal van de verkrijgingsprijzen voor de berekening van de deelnemingsschuld. Als de uitbreiding van operationele activiteiten echter gefinancierd is door middel van ongewenste (double dip-achtige) structuren, dan wordt voornoemde uitzondering op grond van art. 13I lid 6 Wet VPB 1969 weer beperkt. In het Uitvoeringsbesluit aftrekbeperking bovenmatige deelnemingsrente zijn nog specifieke regels opgenomen. Het Uitvoeringsbesluit ziet grofweg op drie probleempunten, te weten reorganisaties (art. 2 t/m 5); voeging in en ontvoeging uit een fiscale eenheid (art. 6); en de samenloop tussen art. 13I en art. 15ad (art. 7). Tot slot merk ik op dat de regering in het op 10 oktober 2017 gepubliceerde regeerakkoord heeft aangekondigd dat als gevolg van de implementatie van de earningsstrippingsmaatregel per 1 januari 2019 enkele bestaande specifieke renteaftrekbeperkingen worden afgeschaft. Hoewel dat niet expliciet wordt aangegeven, wordt daar mijns inziens ook art. 13I Wet VPB 1969 mee bedoeld.

7.2.3.6 Art. 15ad Wet VPB 1969; beperking van overnameholdingrente

Met ingang van 1 januari 2012 is een regeling in de Wet VPB 1969 opgenomen voor overnameholdings. Dit wetsartikel is in het leven geroepen om overnameholdingconstructies waarbij

⁸³⁶ De thincapregels waren alleen van toepassing indien de belastingplichtige met andere lichamen in een groep verbonden was in de zin van art. 2:24b BW. Was er geen sprake van een groep, dan bleef art. 10d Wet VPB 1969 (oud) verder buiten toepassing. Het uitgangspunt van de thincapregeling was de vaste debt-equityratio van 3:1. Dit betekende dat een vennootschap voor maximaal 75% met vreemd vermogen mocht zijn gefinancierd. Werd deze grens van 75% overschreden dan was de rente die betrekking had op dit surplus aan vreemd vermogen niet aftrekbaar (echter met als maximum de aan verbonden lichamen verschuldigde rente). Wel gold er een franchise van € 500.000 (aan vermogen) die bovenop het reeds genoemde maximaal toelaatbare vreemd vermogen van 75% kwam. Deze franchise was ingevoerd om het MKB te ontzien. Naast bovengenoemde vaste ratio kende art. 10d Wet VPB 1969 (oud) nog een concernratio. Naar keuze van de belastingplichtige kon voor de vraag of hij met te veel vreemd vermogen was gefinancierd, worden gekeken naar de verhouding tussen het eigen en het vreemd vermogen zoals die gold voor het concern als geheel, waarvan de belastingplichtige deel uitmaakte, in plaats van naar de vaste ratio van 3:1.

⁸³⁷ Zie onder andere de aangenomen motie-Bashir/Van Vliet, Kamerstukken II 2010-2011, 32 800, nr. 17.

⁸³⁸ Kamerstukken II, 2011-2012, 33 287, nr. 3, blz. 23-40. Voor een gedetailleerde uiteenzetting kunnen onder andere de volgende stukken worden geraadpleegd: O.C.R. Marres, Deelnemingsrente, WFR 2012/1426 en J. van Strien, de aftrekbeperking van bovenmatige deelnemingsrente, Fiscaal Actueel nr. 15, Kluwer, 2013, 1^e druk.

de Nederlandse heffingsgrondslag wordt uitgehold te bestrijden.⁸³⁹ In de praktijk wordt veelal door buitenlandse concerns een Nederlandse overnameholding gebruikt om een Nederlandse werkmaatschappij over te nemen. De Nederlandse overnameholding trekt vervolgens de lening aan waarmee de aandelen in een Nederlandse werkmaatschappij worden overgenomen. De vorming van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting tussen de Nederlandse overnameholding en de overgenomen Nederlandse werkmaatschappij zou er dan toe leiden dat de door de Nederlandse overnameholding verschuldigde rente ten laste van de fiscale winst van de overgenomen Nederlandse werkmaatschappij kan worden gebracht, waardoor de winst van die Nederlandse werkmaatschappij (grotendeels) uit de Nederlandse heffingsgrondslag verdwijnt. De door de Nederlandse overnameholding betaalde rente over de schuld zou dus zonder nadere voorziening binnen een fiscale eenheid verrekend kunnen worden met de winst van de overgenomen Nederlandse werkmaatschappij. Art. 15ad Wet VPB 1969 richt zich tegen deze overnameholdingconstructies. In de periode 1997 tot 2007 was in de Wet VPB 1969 al een overnameholdingbepaling opgenomen. De bepaling had hetzelfde doel als het huidige art. 15ad Wet VPB 1969 en temporiseerde de renteaftrek in geval van verrekening binnen een fiscale eenheid van de rente op een overnameschuld met de winst van de overgenomen dochtermaatschappij.⁸⁴⁰ Met de invoering van de Wet werken aan winst werd deze oude overnameholdingbepaling afgeschaft met als argument dat sinds 1 januari 2007 de externe overname werd opgenomen in de rechtshandelingen waarvoor de renteaftrekbeperking van art. 10a Wet VPB 1969 kan gelden. Hiermee moest worden bewerkstelligd dat één uniforme tegenbewijsregeling voor rentelasten in verband met acquisities zou ontstaan.⁸⁴¹ Enkele overnames door private equity fondsen, waarbij grote bedragen aan financieringsrente door overnameholdings in aftrek werden gebracht en werden verrekend (binnen fiscale eenheid) met winsten van de overgenomen partij zorgden echter voor opschudding in de Nederlandse politiek. De wetgever achtte het derhalve nodig om per 1 januari 2012 opnieuw (wederom in art. 15ad Wet VPB 1969) een overnameholdingbepaling in te voeren om zodoende ook rente op derde-leningen in aftrek te kunnen beperken. Daarbij werd overigens de toenmalige opname van externe overnames in art. 10a Wet VPB 1969 in 2007 niet teruggedraaid.

De aftrekbeperking van art. 15ad Wet VPB 1969 treedt in beginsel in werking als de renten over de overnameschulden het bedrag van de eigen winst van de overnameholding, vermeerderd met de renten over de overnameschulden, overtreffen (overschotrente genoemd).⁸⁴² In art. 15ad lid 2 Wet VPB 1969 is echter bepaald dat de aftrekbeperking niet in werking treedt tot een bedrag van € 1.000.000 aan verschuldigde overnamerenten (franchise). De aftrek blijft ook in stand ingeval er bij de fiscale eenheid geen sprake is van een teveel aan overnamerenten. Kort gezegd, is geen sprake van een teveel aan overnamerenten indien de overnameschuld in beginsel niet meer dan 60% van de verkrijgingsprijs bedraagt en deze in (maximaal) zeven jaar jaarlijks met (tenminste) 5% afneemt (art. 15ad lid 4-6 Wet VPB 1969). Art. 15ad lid 2 Wet VPB 1969 betreft een alles of niets bepaling. Wordt niet aan genoemde voorwaarden voldaan, dan is art. 15ad lid 2 Wet VPB 1969 niet van toepassing, maar art. 15ad lid 3 Wet VPB 1969. Hierin is bepaald dat het bedrag aan overnamerenten waarop de aftrekbeperking van toepassing is, de laagste van de volgende twee bedragen is:

- De rente die volgens art. 15ad lid 1 Wet VPB 1969 (overschotrente) niet in aanmerking komt, verminderd met € 1.000.000;
- Het op basis van art. 15ad lid 4 Wet VPB 1969 berekende teveel aan overnamerente.

Het gedeelte van de rentekosten dat niet in aftrek komt, kan op grond van art. 15ad lid 8 Wet VPB 1969 worden doorgeschoven naar volgende jaren.

⁸³⁹ Kamerstukken II, 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 88-92.

⁸⁴⁰ J.A.G van der Geld, Hoofdzaken vennootschapsbelasting, FED Fiscale Studieseries nr. 31, Kluwer, 2015, 11^e druk, paragraaf 6.6.7.

⁸⁴¹ Kamerstukken II, 2005-2006, 30 572, nr. 3, blz. 19-21.

⁸⁴² Zie voor een nadere uiteenzetting van de bepaling bijvoorbeeld M.H.C. Ruijschop, Renteaftrekbeperking overnameholdings, TFO 2012/120.4.

Per 1 januari 2017 is art. 15ad Wet VPB 1969 op detailniveau aangescherpt ten aanzien van "debt-push downs", het ontgaan van de 7-jaarstermijn en ongewenst gebruik van overgangsrecht.⁸⁴³ Tot slot merk ik op dat de regering in het op 10 oktober 2017 gepubliceerde regeerakkoord heeft aangekondigd dat als gevolg van de implementatie van de earningsstrippingsmaatregel per 1 januari 2019 enkele bestaande specifieke renteaftrekbeperkingen worden afgeschaft. Hoewel dat niet expliciet wordt aangegeven, wordt daar mijns inziens ook art. 15ad Wet VPB 1969 mee bedoeld.

7.2.4 Discussiepunten in Nederland omtrent de onzakelijke lening en renteaftrekbeperkingen

Uit een analyse van literatuur en jurisprudentie over de fiscale aspecten bij financiering blijkt mijns inziens dat op hoofdlijnen de volgende huidige relevante discussiepunten kunnen worden gedestilleerd:

- De invulling en ontwikkeling van de onzakelijk leningleer door de rechter;
- De lappendeken aan specifieke renteaftrekbeperkingen.

Deze discussiepunten zal ik hieronder nader uitwerken en toetsen aan mijn in hoofdstuk 1.3.2.4 besproken toetsingskader, namelijk aan de i. fiscaal-beleidsanalytische toets, ii. fiscaal-juridische toets, iii. fiscaal-wetstechnische toets en iv. internationale/Europese fiscale ontwikkelingentoets.

Daarnaast betreft één van de meest fundamentele en conceptuele discussiepunten omtrent de onzakelijke lening en renteaftrekbeperkingen het onderscheid in de fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen als zodanig. Dit aspect komt impliciet aan de orde bij de analyse van de hierboven benoemde discussiepunten. Aangezien zowel Nederland als Duitsland uitgaat van het fiscale onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen, heb ik er voor gekozen dit bestaande fiscale verschil als uitgangspunt te nemen en mij te focussen op het verschil in de fiscale behandeling van de onzakelijke lening en tussen de verschillen in gehanteerde specifieke en generieke renteaftrekbeperkingen. Deze afweging is mede ingegeven door het feit dat Nederland per 1 januari 2019 de earningsstrippingregeling, die Duitsland reeds jaren heeft, moet implementeren op grond van de Antibelastingontwijkingsrichtlijn.

7.2.4.1 Onduidelijkheden omtrent de onzakelijke lening

Indien een financiering fiscaal gekwalificeerd is als een lening, dan is de hoofdregel dat de crediteur een afwaarderingsverlies op grond van het voorzichtigheidsbeginsel ten laste van de winst mag brengen in geval van een verlieslijdende debiteur. De Hoge Raad heeft op 9 mei 2008 expliciet beslist dat hierop een uitzondering wordt gemaakt, indien een derde de desbetreffende lening niet onder dezelfde voorwaarden, feiten en omstandigheden zou hebben verstrekt. Na dit arrest barstte in de fiscale wereld een hevige discussie los en hebben talloze auteurs getracht duiding te geven aan het leerstuk.⁸⁴⁴ Sinds 2008 zijn er alleen al 21 arresten van de Hoge Raad gewezen over de onzakelijke lening en het leerstuk is nog steeds niet helemaal uitgekristalliseerd gezien de verschillende (openstaande) vragen die nog uit de literatuur blijken.⁸⁴⁵

In de literatuur roepen sommigen de wetgever op om wettelijk in te grijpen. Bijvoorbeeld Bouwman⁸⁴⁶ geeft aan dat als rechtspraak niet (of met moeite) kan worden gebaseerd op bestaande wettelijke grondslagen een rechter zich niet moet laten verleiden tot het wijzen van dergelijke jurisprudentie. Het is dan aan de wetgever om met oplossingen te komen. Het is voor hem om deze

⁸⁴³ De bepaling is aangepast naar aanleiding van de initiatiefnota van de Tweede Kamerleden Nijboer en Groot, Kamerstukken II, 2015-2016, 34267, nr. 2 en Kamerstukken II, 2015-2016, 34267, nr. 3. Voor een uiteenzetting van de voorgestelde aanpassingen zie Ministerie van Financiën, 20 juni 2016, Internetconsultatie over wijzigingen renteaftrekbeperkingen in VPB, V-N 2016/35.8.

⁸⁴⁴ Zo besteedde bijvoorbeeld Peeters een drieluik in WFR aan het leerstuk van de onzakelijke lening. P.J.J.M. Peeters, De "onzakelijke lening" bij de crediteur: één term met verschillende betekenissen?! WFR 2010/1510, WFR 2010/1544, WFR 2010/1580.

⁸⁴⁵ Zie bijvoorbeeld P.G.H. Albert, De onzakelijke lening: hoe nu verder? WFR 2014/724.

⁸⁴⁶ J.N. Bouwman, Bijna honderd jaar eigen en vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting, NTFR 2015/1733, paragraaf 4.4.

reden nog altijd een goed bewaard geheim waarom de Hoge Raad begonnen is aan zijn onzakelijke-geldleningrechtspraak. Ook het Register Belastingadviseurs⁸⁴⁷ en Meussen⁸⁴⁸ hebben de wetgever opgeroepen om wettelijk in te grijpen. Scharrenburg en Van der Vegt⁸⁴⁹ zouden het niet onwenselijk vinden dat de wetgever de grenzen opnieuw vaststelt en wel zodanig dat alle voor- en nadelen uit hoofde van de onzakelijke aanvaarding van kredietrisico's in de kapitaalsfeer worden afgewikkeld. Merrienboer⁸⁵⁰ denkt wel dat de wetgever zal moeten ingrijpen. Hij is van mening dat art. 29a Wet VPB 1969, waarin een safe haven voor banken is gecreëerd ook gevolgen zal hebben voor de onzakelijke lening in het bedrijfsleven. Tot op heden heeft de wetgever niet wettelijk ingegrepen en er zijn ook geen voortekenen dat de wetgever inzake het onzakelijke leningleerstuk zal ingrijpen. Het overlaten van dit leerstuk aan de rechter heeft mijns inziens tot veel onzekerheid in de praktijk geleid. Samenvattend kan mijns inziens gesteld worden dat bovenstaand discussiepunt gaat over de fiscaal-beleidsanalytische- en fiscaal-juridische toets van mijn toetsingskader. De vraag is of de overheid wel de juiste keuze heeft gemaakt door niet wettelijk in te grijpen, met rechtsonzekerheid als gevolg. In ben van mening dat de wetgever er goed aan zou hebben gedaan wettelijk in te grijpen en de ontwikkeling van een voor de praktijk belangrijk leerstuk niet over te laten aan de rechter. Mijns inziens zou de wetgever de belangrijkste kernelementen voor *het vaststellen* (met het rentepercentage als corrigerende factor) van een onzakelijke lening uit de onzakelijke leningjurisprudentie moeten vastleggen. Vervolgens, als is vastgesteld dat er sprake is van een onzakelijke lening, zou de wetgever mijns inziens de desbetreffende lening moeten herkwalficeren naar kapitaal. Dit leidt mijns inziens tot een wezenlijke vereenvoudiging.

Andere auteurs hebben voornamelijk kritiek op de *invulling* door de Hoge Raad van de onzakelijke lening problematiek. Arts komt na analyse van de wettelijke grondslag tot de conclusie dat het fundament onder de onzakelijke-geldleningrechtspraak niet deugdelijk is.⁸⁵¹ De Soeten⁸⁵², Bouwman⁸⁵³, Marres⁸⁵⁴ en Meijer⁸⁵⁵ hebben kritiek op de fiscaalrechtelijke kwalificatie van de onzakelijke lening door de Hoge Raad. Een onzakelijke lening kwalificeert zowel civiel- als fiscaalrechtelijk als een lening (vreemd vermogen). Bij het wijzen van de arresten over de onzakelijke lening blijft de Hoge Raad bij zijn leer over het voor de vennootschapsbelasting bestaande materiële onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Dit houdt in dat voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie van een lening in beginsel de civielrechtelijke duiding wordt gevolgd, tenzij sprake is van één van de drie (limitatieve) uitzonderingen: schijnlening, bodemlozeputlening of deelnemerschapslening. De onzakelijke lening vormt uitdrukkelijk geen vierde uitzondering.⁸⁵⁶ Ik ben het met Meijer eens die aangeeft dat de Hoge Raad de problematiek van het onzakelijke debiteurenrisico beter had kunnen oplossen door de hele lening direct als materieel kapitaal c.q. uitdeling aan te merken.⁸⁵⁷ Zoals de praktijk, de literatuur en de verdere jurisprudentie over dit leerstuk laten zien, leidt de keuze van de Hoge Raad volgens Meijer tot ongerijmde resultaten en geforceerde interpretaties. Tot slot gaan veel auteurs in op de gewezen jurisprudentie van de rechter en bevestigen of bekritisieren de zienswijze van de rechter en trachten daarmee de specifieke casus een plaats te geven in het grotere onzakelijke leningleerstuk geheel. Samenvattend, kan mijns

⁸⁴⁷ Register Belastingadviseurs, memo van 21 juni 2012, Futd 2012-1808.

⁸⁴⁸ G.T.K. Meussen, Een onzakelijk debiteurenrisico, staatssecretaris doe iets! NTFR 2011/242

⁸⁴⁹ R. Scharrenburg/P.C. van der Vegt, Onzakelijke aanvaarding van kredietrisico's, WFR 2015/422.

⁸⁵⁰ F.M.A.M. van Merrienboer, De safe haven voor de banken en de safe haven voor de onzakelijke lening, WFR 2014/952.

⁸⁵¹ J.H.M. Arts, De wettelijke grondslag van de onzakelijke lening, WFR 2015/314.

⁸⁵² G.H. de Soeten, De onzakelijke (debiteurenrisico-)lening: een goede rechtsontwikkeling?, NTFR-A 2014/7.

⁸⁵³ J.N. Bouwman, Bijna honderd jaar eigen en vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting, NTFR 2015/17.33, paragraaf 4.4.

⁸⁵⁴ O.C.R. Marres, Over bodemloze putten, NTFR 2014/2126.

⁸⁵⁵ H.J. Meijer, Relatieve schijnleningen aan aandeelhouders, WFR 2015/918.

⁸⁵⁶ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, r.o. 3.3.1.

⁸⁵⁷ Vergelijk ook C.B. Bavinck, Wanneer vindt de onttrekking bij de onzakelijke lening plaats?, WFR 2018/9.

Bavinck geeft aan dat zijns inziens een onzakelijke lening het bij de geldlening verstrekte bedrag een geldlening is, maar fiscaal gezien ook een infokap of een onttrekking onder de opschortende voorwaarde dat vaststaat of zo goed als zeker is dat de debiteur niet zal aflossen.

inziens gesteld worden dat de fiscale gevolgen omtrent financieringen bij ondernemingen (onzakelijke leningen) omgeven zijn door rechtsonzekerheid voor belastingplichtigen en Belastingdienst. Zoals hierboven al aangegeven raakt dat mijns inziens de fiscaal-juridische toets van mijn toetsingskader.

7.2.4.2 Lappendeken aan Nederlandse renteaftrekbeperingen⁸⁵⁸

7.2.4.2.1 Ontwikkeling renteaftrekbeperingen

Renteaftrek en de beperking daarvan zijn onderwerpen die al bijna twee decennia de fiscale gemoederen bezig houden. De laatste bijna twintig jaar hebben renteaftrekbeperkende maatregelen een onstuimige ontwikkeling gekend.⁸⁵⁹ Sinds 1997 zijn in rap tempo verschillende renteaftrekbeperingen ingevoerd, aangescherpt, vervangen en/of geschrapt. Hierbij valt te denken aan art. 10 lid 1d, art. 10a, art. 10b, art. 10d, art. 13l en art. 15ad Wet Vpb 1969. Art. 10a bijvoorbeeld is in 1997 ingevoerd vanwege het wisselende succes dat de Belastingdienst had met het leerstuk van *fraus legis*. Het wetsartikel is bij de Wet werken aan winst grondig herzien en per 1 januari 2007 uitgebreid met externe acquisities. In 2008 werd de regeling nog verder aangescherpt. Bepaalde artikelen, bijv. art. 13 lid 1, zijn geschrapt onder druk van EU-recht⁸⁶⁰ en “vervangen” door art. 10d en de verkapte renteaftrekbepering van art. 20 lid 4-6. De *thincap*regeling bleek volgens de wetgever niet toereikend het Bosal-gat te dichten en is per 1 januari 2013 weer vervangen door art. 13l. Art. 15ad is in de loop der jaren eerst aangescherpt en vervolgens “geïntegreerd” in art. 10a lid 1, onderdeel c in 2007. Deze aanpassing betekende voor een belangrijk deel opnieuw een aanscherping, aangezien de (tijdelijke) rentetemporisering werd ingeruild voor een (definitieve) renteaftrekbepering. In 2012 werd art. 15ad opnieuw ingevoerd zonder dat art. 10a lid 1c werd aangepast. Ook art. 10b heeft een bijzondere ontwikkeling meegemaakt. Tot 31 december 2006 zag deze bepaling op een renteaftrekbepering ter zake van converteerbare obligatieleningen. Vanaf 1 januari 2007 is art. 10b evenwel gericht tegen renteloze en laagrentende leningen met een lange (of geen vaste) looptijd. Daarnaast past de fiscus in de loop der jaren volop diverse jurisprudentiële mogelijkheden toe om door lichamen verschuldigde rente van fiscale aftrek uit te sluiten. Het betreft de toepassing van *fraus legis*, de herkwalificatiejurisprudentie en de onzakelijke lening jurisprudentie.

Voorgaand beknopt overzicht ziet slechts op wetgeving die daadwerkelijk doorgang heeft gevonden. Daarnaast zijn belastingplichtigen nog geconfronteerd met plannen die boven de markt hingen. In juni 2009 is bijvoorbeeld door het Ministerie van Financiën een consultatiedocument gepubliceerd, met daarin verschillende opties met betrekking tot de behandeling van renteaftrek. Opvallend is dat destijds ook aan invoering van een EBITDA regeling als algemene renteaftrekbepering is gedacht, maar dat daar toentertijd uiteindelijk niet voor gekozen is.⁸⁶¹ De staatssecretaris kwam op 5 december 2009 met een Sinterklaasbrief⁸⁶², waarin hij de fiscale behandeling van rente en renteaftrekbeperingen afwoog en onder andere liet weten toch niet over te gaan tot de invoering van een verplichte rentebox. Vervolgens heeft de Studiecommissie Belastingstelsel, een rapport gepubliceerd, waarin onder meer een vermogensaftrek (gecombineerd met een vermogensbijtelling) werd voorgesteld. De aanbevelingen van de Studiecommissie legde de toenmalige staatssecretaris mede om budgettaire redenen naast zich neer. Het voorlopige sluitstuk is de invoering van de earningsstrippingmaatregel per 1 januari 2019 die Nederland op grond van de

⁸⁵⁸ Delen van dit hoofdstuk zijn ook opgenomen in het door mij verzorgde deel van de Kluwer VPB gids 2017 en het artikel F.J. Elsweier/J.A.G. van der Geld, *Renteaftrekbeperingen in de Nederlandse vennootschapsbelasting: tijd voor sanering!* TFO 2012/120.1.

⁸⁵⁹ Voor een overzicht zie bijvoorbeeld Q.W.J.C.H. Kok /R.J. de Vries, *‘Renteaftrek in de vennootschapsbelasting: alle hens aan dek’*, WFR 2011/944, noot 2.

⁸⁶⁰ HvJ EG, 18 september 2003, C-168/01 (Bosal), BNB 2003/344.

⁸⁶¹ Voor een uiteenzetting van de werking en mogelijke gevolgen van een earningsstrippingmaatregel in Nederland zie ook J. van Strien, *het streven naar grondslagverbreding: is earningsstripping de oplossing?* NTFR 2011/614, Q.W.J.C.H. Kok, *de renteaftrekbeperingen in het Consultatiedocument*, MBB 2009/7-8, F.A. Engelen/H. Vording/S. van Weeghel, *Eenvoud, evenwicht en een lager tarief vennootschapsbelasting: waar staan we een jaar later?*, WFR 2009/953.

⁸⁶² Sinterklaasbrief 5 december 2009, V-N 2009/62.14.

Antibelastingontwijkingsrichtlijn verplicht is te implementeren. Een vraag die vervolgens naar voren komt is wat Nederland zal gaan doen met de huidige (specifieke) renteaftrekbeperkingen. In het regeerakkoord heeft de regering aangegeven dat enkele bestaande specifieke renteaftrekbeperkingen worden afgeschaft (met uitzondering van de specifieke renteaftrekbeperking gericht tegen winstdrainage). Het definitieve wetsvoorstel van de Nederlandse wetgever omtrent de earningsstrippingmaatregel wordt verwacht in de eerste helft van 2018.

Een echt consistent beleid ten aanzien van renteaftrekbeperking is mijns inziens niet te ontdekken. De vele wettelijke aanpassingen, plannen die uiteindelijk niet doorgingen en het gedurende lange tijd bestaan van specifieke renteaftrekbeperkingen naast een generieke thincapmaatregel heeft mijns inziens in de afgelopen jaren geleid tot een onoverzichtelijke, onzekerheid creërende situatie voor zowel de Belastingdienst als (met name) de belastingplichtige. Mijns inziens wordt er daarmee op dit punt dus met name niet of in mindere mate voldaan aan de fiscaal-wetstechnische toets (het ontbreken van consistentie) en de fiscaal-juridische toets (het ontbreken van rechtszekerheid) uit mijn toetsingskader.

7.2.4.2.2 Kritiek op de afzonderlijke renteaftrekbeperkingen

In de loop der jaren zijn de afzonderlijke renteaftrekbeperkingen volop in de literatuur en bij de rechter aan bod gekomen.

In de literatuur is er weinig kritiek te vinden op de werking van art. 8c Wet VPB 1969. Door Rompen wordt onder andere gesteld dat art. 8c Wet VPB 1969 een zelfstandige bepaling is en geen directe gevolgen heeft voor de toepassing van andere wetten of belastingverdragen, waardoor het in de jurisprudentie ontwikkelde begrip "uiteindelijk gerechtigde" onaangetaast blijft.⁸⁶³ Munting stelt dat de wetgever in zijn opzet is geslaagd, doordat met de invoering van art. 8c Wet VPB 1969 een einde is gekomen aan de 100% doorstroompraktijk.⁸⁶⁴ SEO publiceerde op 11 juni 2013 een rapport, waarin niet zozeer art. 8c Wet VPB 1969 aan de orde kwam, maar wel het economische belang van de niet-bancaire financiële sector (waaronder doorstroomvennootschappen) werd onderzocht.⁸⁶⁵ Er werd in het bijzonder aandacht besteed aan de manier waarop deze sector onbedoeld gebruik maakt van door Nederland gesloten belastingverdragen en de vraag of een noodzaak tot het treffen van (nationale) maatregelen bestaat. De sector draagt volgens het rapport per jaar € 3 miljard tot € 3,4 miljard en 8.000 tot 11.000 fte bij aan de Nederlandse economie, wat de terughoudendheid van de Nederlandse wetgever om in te grijpen en nadere striktere substance-eisen in te voeren zou kunnen verklaren. Onder internationale en Europese druk heeft de staatssecretaris echter aangekondigd de substance-eisen (wat betreft informatie-uitwisseling en verkrijging van zekerheid vooraf) te willen aanscherpen.⁸⁶⁶ Een mogelijk aanscherping van art. 8c Wet VPB 1969 wordt gezien in samenhang met de per 1 januari 2021 in te voeren bronbelastingen op rente en royalty's.

Bij art. 10a Wet VPB 1969 ziet de kritiek voornamelijk op de reikwijdte van de bepaling, de onzekerheden over de interpretatie van de tegenbewijsregeling⁸⁶⁷ en in grote lijnen op de vraag of een invulling door het leerstuk van *fraus legis* geen betere optie zou zijn geweest.⁸⁶⁸

De bepaling om internationale mismatches tegen te gaan, art. 10b Wet VPB 1969, stuit op veel kritiek. Eén van de belangrijkste punten daarbij is de overkill van de bepaling, waarbij het voor de

⁸⁶³ J.W. Rompen, *Indofood*, de uiteindelijk gerechtigde en art. 8c Wet VPB, WFR 2009/274.

⁸⁶⁴ W.R. Munting, *Indofood: een steen in de vijver of een storm in een glas water?*, WFR 2008/1343.

⁸⁶⁵ Rapport 11 juni 2013, "Uit de schaduw van het bankwezen", V-N 2013/47.2.

⁸⁶⁶ Brief van de staatssecretaris van Financiën, 23 februari 2018, Aanpak belastingontwijking en ontduiking, kenmerk 2018-0000026987, V-N 2018/14.2.

⁸⁶⁷ Zie hierover onder andere N.M. Ligthart, *De renteaftrekbeperking van art. 10a Wet VPB*, TFO 2003/174; Q.W.J.C.H. Kok/R.J. de Vries, *Renteaftrek in de vennootschapsbelasting: alle hens aan dek*, WFR 2011/944; Q.W.J.C.H. Kok/R.J. de Vries, *Winstdrainageperikelen*, WFR 2014/116 en G.H. de Soeten, *Winstdrainage na 1 januari 2007*, WFR 2007/459.

⁸⁶⁸ Zie bijvoorbeeld J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Fiscale Studiereseries nr. 31, Kluwer, 2015, 11^e druk, paragraaf 6.3.1 en O.C.R. Marres, *Fraus legis blijft een krachtig wapen tegen winstdrainage*, WFR 2008/1431.

wetgever blijkbaar niet uitmaakt of de renteopbrengst bij de creditrice wel of niet is belast.⁸⁶⁹ Daarnaast is de regeling makkelijk te ontgaan door een renteloze lening met een looptijd van minder dan 10 jaar te verstrekken.⁸⁷⁰ Tot slot wijzen Meijerman en Smit op allerlei samenloopsituaties, bijvoorbeeld met de onzakelijke leningleer, die in de praktijk tot onverwachte negatieve effecten kunnen leiden.⁸⁷¹

De aftrekbeperking van bovenmatige deelnemingsrente (art. 13I Wet VPB 1969) wordt voornamelijk bekritiseerd vanwege de ingewikkeldheid van de bepaling. Daar waar de hoofdregel (de rekenregel) nog als vrij eenvoudig gezien kan worden, maken de uitzonderingen de regeling erg complex en gedetailleerd. De complexiteit zit met name in de tegemoetkoming voor uitbreidingsinvesteringen en in het Besluit bovenmatige deelnemingsrente. De regeling gaat van generieke regeling naar een case-by-case benadering die veel onderzoek vereist. Menig auteur heeft getracht de bepaling nader toe te lichten. Zonder volledigheid na te streven kan gewezen worden op Ruige & Brilman inzake de uitleg van het begrip "verkrijgingsprijs"⁸⁷², Faber & Van Geilswijk over de uitbreiding van operationele activiteiten (goede en foute deelnemingen)⁸⁷³, de reikwijdte van de anti-misbruikbepaling tegen fiscaal gedreven structuren in het zesde lid van het artikel⁸⁷⁴, en Ruijschop⁸⁷⁵ en Suvaal⁸⁷⁶ over samenloop situaties en De Groot die art. 13I een regelrechte miskoop vindt.⁸⁷⁷

De voornaamste kritiek ten aanzien van de overnameholdingbepaling is dat de bepaling ook ziet op leningen van niet gelieerde lichamen en het feit dat er wederom een specifieke renteaftrekbeperking in de wet wordt opgenomen.⁸⁷⁸ Kok & De Vries wijzen als kritiekpunt nog op het ontbreken van een tegenbewijsregeling in art. 15ad Wet VPB 1969.⁸⁷⁹

Bovenstaande discussiepunten over de afzonderlijke invulling van (elementen van) de renteaftrekbeperkingen betreft mijns inziens met name de fiscaal-beleidsanalytische toets (hoe verhoudt de ratio zich tot de wettelijke invulling, is er overkill of underkill, hoe zit het met de verhouding tussen baten en lasten) en de fiscaal-wetstechnische toets uit mijn toetsingskader (complexiteit van de regelgeving en formulering).

7.2.4.2.3 Kritiek op het naast elkaar bestaan en gebruik van specifieke renteaftrekbeperkingen

Naast kritiek op de afzonderlijke renteaftrekbeperkende regelingen, wordt ook het naast elkaar bestaan van al de afzonderlijke renteaftrekbeperkende regelingen in de vennootschapsbelasting als onwenselijk ervaren.⁸⁸⁰ De regelingen sluiten deels slecht op elkaar aan en overlappen soms ook. Het leidt tot een onoverzichtelijk geheel. Voor de lange termijn is de fundamentele keuze voor een meer

⁸⁶⁹ Vergelijk F.J. Elswier/J.A.G. van der Geld, Renteaftrekbeperkingen in de Nederlandse vennootschapsbelasting: tijd voor sanering!, TFO 2012/120.1.

⁸⁷⁰ Zie hieromtrent ook J.W. Heithuis, Het nieuwe art. 10b VPB? Weg ermee!!!, NTFR 2006/1236.

⁸⁷¹ V.L. Meijerman/R.C. de Smit, Art. 10b Wet VPB 1969: renteaftrekbeperking met onverwachte gevolgen, WFR 2015/520.

⁸⁷² P. Ruige/L. Brilman, Het verkrijgingsprijbegrip binnen de renteaftrekbeperkingen van de Wet VPB 1969: een statische of dynamische interpretatie?, WFR 2016/25.

⁸⁷³ S.E. Faber/R.P. van Geilswijk, De beperking van de aftrekbaarheid van bovenmatige deelnemingsrente, TFO 2013/128.1.

⁸⁷⁴ C.A.G.J. van Meijenfeldt, De reikwijdte van art. 13I lid 6 onderdeel a en b Wet VPB 1969, WFR 2013/982; R.M. van Kooten/B. Suvaal, Art. 13I Wet VPB 1969: lid 6 ontleed, WFR 2015/83 en WFR 2015/119.

⁸⁷⁵ M.H.C. Ruijschop, Kapitaal, WFR 2014/1602.

⁸⁷⁶ B. Suvaal, Art. 13I en de Wet aanpassing fiscale eenheid - over samenloop, dubbeltellingen, volzinnen en limieten, WFR 2016/13.

⁸⁷⁷ I. de Groot, Art. 13I Wet VPB 1969: een regelrechte miskoop, WFR 2016/207.

⁸⁷⁸ Zie bijvoorbeeld A.H.M. Daniels/R.J. de Vries, Aanstane overnameholdingwetgeving in de vennootschapsbelasting: waar gaan we met z'n allen naar toe?, WFR 2011/1322.

⁸⁷⁹ Q.W.J.C.H. Kok/R.J. de Vries, Renteaftrek in de vennootschapsbelasting: alle hens aan dek!, WFR 2011/944.

⁸⁸⁰ Zie hierover ook bijvoorbeeld: J. van Strien, De (vrijwel ondoorgrondelijke) samenloop van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting, TFO 2013/128.3.

gelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen wenselijk.⁸⁸¹ Op de korte termijn is zo'n oplossing volgens mij slecht voor het vestigingsklimaat (bij eenzijdige behandeling door Nederland van rente als dividend) dan wel budgettair problematisch (bij invoering van een aftrek primair rendement). Als voor de korte en middellange termijn de verschillende fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen als uitgangspunt wordt genomen, is een sanering van de renteaftrekbeperkende regelingen dringend geboden. Daarbij zijn grofweg twee oplossingsrichtingen denkbaar.⁸⁸² Enerzijds kan gekozen worden voor een globale beperking van de renteaftrek, zoals die bijvoorbeeld was opgenomen in de thincapregeling van art. 10d Wet VPB 1969 en waarvan de (Duitse) earningstrippingregeling ook een exponent is. Anderzijds kan men kiezen voor specifieke renteaftrekbeperkende regelingen voor die gevallen waarin men ongebreidelde renteaftrek ongewenst vindt. Beide opties hebben hun voor- en nadelen, waarbij voor de globale optie de relatieve eenvoud pleit maar voor de specifieke optie de mogelijkheid om preciezer te bepalen wat men misbruik dan wel ongewenste renteaftrek vindt. Het is gewenst dat de wetgever dan ook duidelijk maakt en motiveert welke renteaftrek hij precies ongewenst vindt. Duidelijk lijkt me dat in elk geval juridisch gehussel zonder (veel) feitelijke verandering ongewenst is, met name als daarbij aftrekbare groepsrente wordt gecreëerd. Dan komen we op het terrein waar eigenlijk geen wettelijke bepalingen nodig zijn, omdat de rechter dit soort constructies met *fraus legis* kan aanpakken (al of niet met wat bijsturing van de wetgever omtrent wat precies zijn bedoelingen zijn). De zaak wordt veel onduidelijker als de betreffende rechtshandelingen wel realiteitsgehalte hebben (er verandert wezenlijk iets) en/of het extern verschuldigde rente betreft. Daar laveert de wetgever volgens mij tussen enerzijds het gegeven dat hij rente ten principale aftrekbaar heeft verklaard in de vennootschapsbelasting, maar anderzijds blijkbaar soms die aftrek onacceptabel vindt. Uit het rijtje renteaftrekbeperkende regelingen is niet goed te destilleren waartegen de wetgever nu precies bezwaar heeft. Het is niet slechts groepsrente (want externe rente wordt ook getroffen door art. 13I en 15ad Wet VPB 1969), het zijn ook niet slechts rechtshandelingen waarbij in de feitelijke verhoudingen te weinig veranderen (want in artikel 10a Wet VPB 1969 staat sinds 2007 ook de externe overname opgesomd en voor art. 15ad Wet VPB 1969 is het realiteitsgehalte van de rechtshandelingen niet van belang). Daar boven op komt nog dat de rente op grond van art. 13I Wet VPB 1969 tot een bedrag van € 750.000 vrij aftrekbaar is en op grond van art. 15ad Wet VPB 1969 tot een bedrag van € 1.000.000. Het lijkt er erg op dat de wetgever enerzijds rente niet ten principale van elke aftrek wil uitsluiten maar anderzijds ook niet wil accepteren dat er soms grote bedragen aan rente worden afgetrokken. Dat is mijns inziens een inconsequente houding die het ook erg slecht voorspelbaar maakt waartegen de wetgever nu precies bezwaar heeft. Naar mijn mening dient de wetgever te kiezen. Hij schaft of het fiscale onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen af c.q. hij vermindert de fiscale relevantie van dat onderscheid aanzienlijk of hij accepteert de verschillende fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen en reageert niet elke keer als er in de pers of anderszins melding wordt gemaakt van forse renteaftrek met weer een specifieke beperkende maatregel tegen renteaftrek. Gevraagd wordt dus een consistente visie van de wetgever op wat hij terechte en wat hij onterechte renteaftrek vindt.

Op hoofdlijnen ben ik dus van mening dat de wetgever de wettelijke invulling beter in overeenstemming dient te brengen met de ratio van de renteaftrekbeperking en dat er op dit moment in mindere mate voldaan is aan de fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader. Dit leidt er mijns inziens ook toe dat er in mindere mate wordt voldaan aan de fiscaal-juridische toets. Het eventueel definitief uitsluiten van rentekosten betekent namelijk dat er meer wordt belast

⁸⁸¹ In gelijke zin Vergelijk F.J. Elswier/J.A.G. van der Geld, Renteaftrekbeperkingen in de Nederlandse vennootschapsbelasting: tijd voor sanering!, TFO 2012/120.1.

⁸⁸² Ik merk op dat onder andere Kemmeren er nog een andere zienswijze op na houdt en aangeeft dat niet zozeer de renteaftrek het probleem is in de vennootschapsbelasting, maar het niet-belasten in de oorsprongstaat van de rente. Zie E.C.C.M. Kemmeren, BEPS en renteaftrek en andere financiële betalingen: de verkeerde route, WFR 2015/1107. Daarnaast pleiten Vleggeert en Vording voor een bronbelasting die van toepassing is op alle rente- en royaltybetalingen door alle vennootschapsbelastingplichtigen (en dus niet alleen door brievenbusmaatschappijen zoals voorgesteld in het regeerakkoord 2017) aan alle met hen verbonden vennootschappen (ongeacht of deze in een laagbelastend land zijn gevestigd). J. Vleggeert/ H. Vording, Naar een bronbelasting op rente en royalty's: een stap verder dan het regeerakkoord, WFR 2018/3.

dan de totale winst, waarmee een inbreuk wordt gemaakt op het draagkrachtsbeginsel (als uitvloeisel van het gelijkheidsbeginsel).

7.2.4.2.4 De EBITDA-regeling in de Antibelastingontwijgingsrichtlijn

Een mijns inziens belangrijk aspect in de discussie over renteaftrekbepeningen is dat de Europese Commissie op 21 juni 2016 de Antibelastingontwijgingsrichtlijn heeft aangenomen met daarin de verplichting voor lidstaten om een generieke renteaftrekbepening (EBITDA-regeling, ook wel earningsstrippingmaatregel genoemd, art. 4 Richtlijn) in te voeren (zie ook hoofdstuk 2.7.4.2). Het moeten voldoen aan EU-recht komt in mijn toetsingskader terug in de fiscaal-juridische toets.

De kern van de EBITDA-regeling, die mede is afgeleid van vergelijkbare regels in Duitsland, houdt in dat de in de grondslag begrepen financieringskosten slechts aftrekbaar zijn voor zover de belastingplichtige ook financieringsopbrengsten heeft.⁸⁸³ Indien de financieringskosten groter zijn dan de financieringsopbrengsten dan is het overschot (ook wel financieringskostensurplus genoemd) slechts aftrekbaar voor zover dat overschot niet meer is dan 30% van de EBITDA. Het staat lidstaten vrij om een lagere drempel te hanteren. Belastingvrije inkomsten worden uitgesloten van de EBITDA, dus in beginsel betekent dit dat er door toepassing van de EBITDA hoofdregel geen aftrekmogelijkheid is voor zuivere houdstermaatschappijen. De lidstaten hebben een aantal keuzemogelijkheden. Het staat de lidstaten vrij om:

- een "concern" (bijv. een groep zoals de fiscale eenheid) als belastingplichtige te behandelen. Toepassing van de EBITDA regeling vindt dan toepassing ten aanzien van de groep;
- een franchise tot € 3 miljoen in te voeren;
- volledige renteaftrek van financieringskostensurplus toe te staan bij een standalone entiteit (een entiteit die geen deel uitmaakt van geconsolideerd concern en geen gelieerde onderneming of vaste inrichting heeft);
- bij het bepalen van het financieringskostensurplus reeds vóór 17 juni 2016 gesloten leningen uit te sluiten (geldt niet bij een wijziging van de lening);
- bij het bepalen van het financieringskostensurplus leningen die voor de financiering van een langlopend openbare-infrastructuurproject worden gebruikt (onder voorwaarden) uit te sluiten;
- een tweetal groepsescapes in te voeren indien er sprake is van een voor de financiële boekhouding geconsolideerde groep:
 - De ene groepsescape behelst een "EV / balanstotaal ratio toets". Volledige aftrek is toegestaan indien de ratio EV ten opzichte van het balanstotaal bij de belastingplichtige gelijk (onderschrijding van 2% is toegestaan) of beter dan die van de groep waartoe de belastingplichtige behoort.⁸⁸⁴
 - De andere groepsescape behelst een "EBITDA concernratio toets". Eerst wordt de concernratio bepaald. Dit is het financieringskostensurplus voor het concern als geheel gedeeld door het EBITDA van het concern. De ratio wordt toegepast op de EBITDA van de belastingplichtige. Dit berekende bedrag wordt dan in aanmerking genomen (mits het hoger is dan het berekende bedrag op grond van de 30% EBITDA hoofdregel);

⁸⁸³ Voor een uiteenzetting van de EBITDA-regeling in de Antibelastingontwijgingsrichtlijn zie ook H.T.P.M. van den Hurk/S.J.P. Ubachs, De EBITDA-regel binnen OESO- en EU-verband, een verstandige keus? (deel I), WFR 2016/233. De auteurs pleiten overigens uiteindelijk voor een thincapitalisationregel in plaats van een EBITDA regel. Ook Van der Geld is voorstander van een algemene thincapitalisationregel (J.A.G. van der Geld, De toekomst van de Nederlandse vennootschapsbelasting, Afscheidsrede 30 september 2016, blz. 24). Voor een kritische beschouwing verwijs ik ook naar E.C.C.M. Kemmeren, BEPS en renteaftrek en andere financiële betalingen: de verkeerde route, WFR 2015/1107. De auteur geeft onder meer aan dat renteaftrek niet het probleem is in de vennootschapsbelasting, maar het niet-belasten in de oorsprongstaat van de rente.

⁸⁸⁴ De redactie V-N merkt op dat Regeling lijkt te zijn gebaseerd op de commerciële balans. Niet relevant is dan of sprake is van activa waarvan de inkomsten zijn vrijgesteld. Bij een zuivere houdstermaatschappij zou dan alsnog renteaftrek kunnen plaatsvinden. Zie Redactie V-N, 11 juli 2016, V-N 2016/37.3.

- te kiezen voor een temporisering van het financieringskostensurplus, of niet benutte EBITDA:
 - onbeperkte voorwaartse verrekening van financieringskostensurplus; of
 - onbeperkte voorwaartse verrekening van financieringskostensurplus en achterwaartse verrekening voor ten hoogste drie jaar; of
 - onbeperkte voorwaartse verrekening van financieringskostensurplus en vóór ten hoogste vijf jaar van de niet gebruikte EBITDA.

Ook in het op 25 oktober 2016 door de Europese Commissie voorgestelde C(C)CTB is eenzelfde renteaftrekbeperking opgenomen (zie art. 13 CCTB-voorstel).⁸⁸⁵ Het is mijns inziens opvallend dat in het CCTB-voorstel een mogelijkheid tot vermogensaftrek is opgenomen.⁸⁸⁶

Aangezien Nederland verplicht is om de EBITDA regeling te implementeren,⁸⁸⁷ komt de vraag naar voren wat Nederland zal gaan doen met de huidige (specifieke) renteaftrekbeperkingen. Nederland zou bijvoorbeeld kunnen kiezen voor een strikt (voor de belastingplichtige) uitwerkende EBITDA-bepaling zonder veel escape opties voor belastingplichtige en afschaffing van specifieke renteaftrekbeperkingen, of bijvoorbeeld kunnen kiezen voor een soepele (voor de belastingplichtige) uitwerkende EBITDA-bepaling met veel escape opties voor de belastingplichtige en het stand in houden van de specifieke renteaftrekbeperkingen. In het licht van de internationale / Europese fiscale ontwikkelingsdoelstellingen uit mijn onderzoekskader een punt om rekening mee te houden.

Op 10 juli 2017 heeft het Ministerie van Financiën een internetconsultatie opengesteld met conceptwetgeving omtrent de Europese richtlijn tegen belastingontwijking. In het consultatiedocument wordt aangegeven dat met het oog op de demissionaire status van het kabinet en de lopende onderhandelingen over een nieuwe regeerakkoord in het conceptwetsvoorstel het implementeren van de minimumnorm als uitgangspunt is genomen. Voor het volgend kabinet wordt hiermee ruimte gelaten om standpunten in te nemen die verder gaan dan de minimumnorm. Op hoofdlijnen kan de conceptwetgeving omtrent de earningsstrippingregeling als volgt worden weergegeven:

- De earningsstrippingregeling beperkt de aftrekbaarheid van "het overschot aan rentelasten". Dit is het verschil tussen de rentelasten ter zake van schulden en de rentebaten ter zake van vorderingen.
- In het geval van een overschot is de aftrek van rente over dat overschot beperkt tot 30% van de EBITDA van de belastingplichtige.
- Tot een rente van € 3 miljoen is de aftrekbeperking niet van toepassing (MKB-drempel).
- Voor de bepaling van de EBITDA wordt de belastbare winst van de belastingplichtige als uitgangspunt genomen. De rentelasten die niet aftrekbaar zijn (door andere renteaftrekbeperkingen) en de rentebaten die zijn vrijgesteld maken derhalve geen deel uit van het overschot aan rentelasten voor de toepassing van de regeling.
- Er is een uitzondering opgenomen voor opzichzelfstaande entiteiten. Dat is een entiteit die geen deel uitmaakt van een groep in de zin van het Burgerlijk Wetboek, geen gelieerd lichaam heeft en geen vaste inrichting heeft. Op dergelijke entiteiten is de aftrekbeperking niet van toepassing.

⁸⁸⁵ Voor een uiteenzetting daarvan verwijs ik naar S.C.W. Douma, Internationale aspecten van de C(C)CTB, WFR 2017/68.

⁸⁸⁶ Ik ben het met Van de Streek eens die aangeeft dat de door de Europese Commissie voorgestelde vermogensaftrek niet principeel is. Het fiscale onderscheid tussen eigen- en vreemd vermogen wordt niet opgeheven. De vermogensaftrek is bijvoorbeeld niet van toepassing op bestaand eigen vermogen, maar alleen bij een toename van het eigen vermogen (zie ook V-N 2016/65.3). De regeling lijkt vooral bedoeld als een stimuleringsmaatregel ten behoeve van het (Europese) vestigingsklimaat. J.L. van de Streek, De toekomst van de vermogensaftrek in de vennootschapsbelasting; principeel of praktisch?, FED 2018/22.

⁸⁸⁷ De Richtlijn moet in principe uiterlijk op 1 januari 2019 zijn geïmplementeerd, al bestaat er ten aanzien van de earningsstrippingbepaling de mogelijkheid om deze uit te stellen tot 2024 als desbetreffende lidstaat aantoont dat er reeds een effectieve (renteaftrekbeperkende) maatregel bestaat.

- Er kan een groepsuitzondering worden opgenomen, zijnde een “eigenvermogenuitzondering” of een “EBITDA-uitzondering”. Beide uitzonderingen worden in het consultatiedocument toegelicht met voorbeelden. Een keuze tussen beide opties wordt in het consultatiedocument niet gemaakt.
- Toepassing van de regeling kan resulteren in een bedrag aan niet-aftekbare rente bij de belastingplichtige. In het conceptwetsvoorstel is de optie opgenomen waarbij het niet aftrekbare overschot aan rentelasten onbeperkt voorwaarts kan worden voortgewenteld.
- Er is in de conceptwetgeving geen uitzondering opgenomen voor banken (financiële ondernemingen) en ook niet voor openbare-infrastructuurprojecten.
- De earningsstrippingregeling is van toepassing op boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2019 voor zowel bestaande als nieuwe leningen. Er wordt geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid in ATAD1 om te voorzien in eerbiedigende werking voor leningen die zijn aangegaan vóór 17 juni 2016 en naderhand niet meer (materieel) zijn gewijzigd.

In het consultatiedocument is een open vraag opgenomen en wordt naar de voorkeur gevraagd voor óf i. invoering van een groepsuitzondering met behoud van de bestaande renteaftrekbeperkingen van artikel 13I, 15ad en art. 20 lid 4-6 Wet VPB 1969, óf ii. geen invoering van een groepsuitzondering met het vervallen van de genoemde renteaftrekbeperkingen. Ik ben het met de NOB eens dat dit geen open vraag is, omdat er ook allerlei andere mogelijkheden zijn (bijvoorbeeld invoering van een groepsuitzondering én schrappen van alle overige renteaftrekbeperkingen).⁸⁸⁸ Mij spreekt dat laatste het meeste aan, omdat daarmee mijns inziens het beste voldaan zal worden aan alle toetsen uit mijn toetsingskader (voor de onderbouwing hiervoor verwijs ik naar de andere paragrafen in hoofdstuk 7.2.4).

Op 10 oktober 2017 heeft de nieuwe regering in het regeerakkoord de nieuwe plannen voor de komende vier jaar bekend gemaakt. In het regeerakkoord is opgenomen dat de nieuwe regering kiest voor een drempel van € 1 miljoen rente en dat er geen gebruik wordt gemaakt van de in de richtlijn geboden mogelijkheid tot een groepsescape. Verder laat de nieuwe regering weten dat enkele bestaande specifieke renteaftrekbeperkingen worden afgeschaft (welke renteaftrekbeperkingen dat zijn wordt niet genoemd, maar mijns inziens betreft het art. 13I Wet VPB 1959 en art. 15ad Wet VPB 1969), met uitzondering van de specifieke renteaftrekbeperking gericht tegen winstdrainage (art. 10a Wet VPB 1969). De staatssecretaris heeft op 23 februari 2018 verder toegelicht dat het kabinet voornemens is geen zogenoemde groepsuitzondering op te nemen in de earningsstrippingregeling.⁸⁸⁹ Als argument wordt het streven naar een meer gelijke behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen gegeven. Verder merkt de staatssecretaris op dat er geen eerbiedigende werking voor bestaande leningen komt en dat per 1 januari 2020 een minimumkapitaalregel voor banken en verzekeraars wordt ingevoerd. Wat ik hier van vind, licht ik nader toe in hoofdstuk 7.4.2.

In het resterende deel van dit hoofdstuk zal ik onderzoeken hoe Duitsland omgaat met vraagstukken omtrent financiering, onzakelijke lening en renteaftrekbeperking.

7.3 Duitsland

7.3.1 Onderscheid tussen EV en VV

In zowel de *Körperschaftsteuer* als de *Gewerbsteuer* is het onderscheid tussen eigen vermogen (kapitaal) en vreemd vermogen (schuld, lening) essentieel. De beide vermogenssoorten worden fiscaal namelijk ook in Duitsland volstrekt verschillend behandeld. Van eigen vermogen is de betaalde

⁸⁸⁸ NOB, Commissie Wetsvoorstellen, 21 augustus 2017, Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB op de internetconsultatie implementatie ATAD1.

⁸⁸⁹ Brief van de Staatssecretaris van Financiën, 23 februari 2018, Aanpak belastingontwijking en ontduiking, kenmerk 2018-0000026987, V-N 2018/14.2. Het streven het fiscale onderscheid tussen eigen- en vreemd vermogen te verkleinen is overigens vaker aan bod gekomen. Zie Kamerstukken 2016-2017, 32013, nr. 121 (motie Koolmees en Nijboer) en Kamerstukken II 2016-2017, 25 087, nr. 144 (motie Schouten en van Weyenberg).

vergoeding (dividend) op grond van §8 Abs. 3, S.1 KStG bij de kapitaalnemer niet aftrekbaar. Voor de fiscale gevolgen bij de kapitaalgever, is het de vraag of de Duitse deelnemingsvrijstelling van toepassing is (§8b Abs. 3 en Abs. 5 KStG). Als de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, is het dividend voor 95% onbelast. Als de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is, is het dividend geheel belast. Indien sprake is van vreemd vermogen dan is de vergoeding (rente) fiscaal in principe aftrekbaar bij de debiteur en belast bij de crediteur. Een eventueel resultaat op de hoofdsom behoort ook tot het fiscale resultaat, dat wil zeggen dat een afwaardering van de lening bij de crediteur in beginsel is toegestaan. De fiscale kwalificatie van een geldverstrekking is niet wettelijk geregeld, maar is nader ingevuld door de rechter en door beleidsbesluiten naar aanleiding van jurisprudentie. In beginsel is in Duitsland de civielrechtelijke kwalificatie van een geldverstrekking bepalend.⁸⁹⁰ Een fiscaalrechtelijke herkwalificatie van geldverstrekkings die voor het civiele recht kwalificeren als een lening, is overigens wel mogelijk.⁸⁹¹ Een lening wordt fiscaal geherkwalificeerd als kapitaal indien de geldverstrekking het recht behelst om te participeren in de winst en liquidatie-opbrengsten.⁸⁹² Bij een looptijd van meer dan 30 jaar wordt verondersteld dat de geldverstrekker het recht heeft op liquidatie-opbrengsten.⁸⁹³ Op de diverse hybride leningsvormen zoals *stiller Gesellschafter*, *partiarisches Darlehen*, *Gewinnobligationen* of *Genussrechte* wordt omwille van de omvang van mijn onderzoek niet nader ingegaan.⁸⁹⁴

7.3.2 Onzakelijke lening

7.3.2.1 Historische ontwikkeling en ratio

De onzakelijke leningleer wordt in Duitsland benaderd vanuit het deelnemingsvrijstellingsregime (negatief voordeel uit een deelneming). Op grond van de Duitse deelnemingsvrijstelling worden vermogenswinsten, liquidatiewinsten en dividenden bij de aandeelhouder (lichaam) voor 95% vrijgesteld (§8b KStG zie hoofdstuk 8).⁸⁹⁵ Verliezen uit hoofde van de deelneming zijn net als in Nederland niet aftrekbaar (§8b Abs. 3, S.3 KStG).⁸⁹⁶

Vanwege het feit dat verliezen uit hoofde van de deelneming niet aftrekbaar zijn, werden er in de praktijk, volgens de wetgever,⁸⁹⁷ leningen verstrekt aan deelnemingen in plaats van kapitaal om zodoende de negatieve keerzijde van de deelnemingsvrijstelling te ontlopen. Duitsland kent zoals hierboven reeds opgemerkt het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen. De afwaardering van een lening verstrekt aan een deelneming is ook in Duitsland op grond van het voorzichtigheidsbeginsel⁸⁹⁸ in beginsel aftrekbaar van de winst, terwijl dit niet geldt voor de afwaardering van kapitaal. De Duitse wetgever vond dit een reden om in te grijpen en is van mening dat het niet mogelijk zou moeten zijn door het verstrekken van een "onzakelijke lening"⁸⁹⁹ de niet-aftrekbaarheid van een deelnemingsverlies te omzeilen. De Duitse wetgever vindt met andere woorden dat kapitaalverstrekkings en onzakelijke leningen aan deelnemingen fiscaal gelijk behandeld moeten worden.⁹⁰⁰ Vanaf 1 januari 2008 is dit wettelijk vastgelegd in de Duitse

⁸⁹⁰ BFH, 30.05.1990, I R 97/88, BStBl. II 1990:875. Zie ook BFH, 8.04.2008, VIII R 3/05, BStBl. II 2008:852. Zie voor een uiteenzetting van de kwalificatie van eigen - en vreemd vermogen en jurisprudentie hieromtrent S.E. Bärsch/M. Olbert, Germany: Tax classification of debt and equity and recent jurisprudence in Germany, IBFD 2015 (volume 69) nr. 9, 4 augustus 2015.

⁸⁹¹ Zie onder andere Dötsch/Jost/Pung/Witt, KStG §8 Abs. 3, Rn. 1 e.v.

⁸⁹² BFH 11.02.1987, I R 43/83 BStBl. II 1987:643; BFH 19.01.1994, I R 67/92 BStBl. II 1996:77, BFH 14.06.2005, VIII R 73/03, BStBl. II 2005:861.

⁸⁹³ BMF, 8 december 1986, Circular IV B 7-S 2742-26/86.

⁸⁹⁴ Zie voor een nadere uiteenzetting C. Kahlenberg, Germany: The tax treatment of hybrid financial instruments, IBFD 2015 (volume 55) nr. 6, 15 mei 2015. Voor de fiscale behandeling van hybride leningen onder het Belastingverdrag Nederland-Duitsland 2012 zie artikel IX Protocol.

⁸⁹⁵ Zie ook Dötsch/Jost/Pung/Witt, KStG §8b, Rn. 103.

⁸⁹⁶ Een liquidatieverliesregeling zoals de Nederlandse kent Duitsland niet.

⁸⁹⁷ 4 september 2007, BT-Drs. 16/6290, blz. 73.

⁸⁹⁸ §252 Abs. 1 Nr. 4 HGB.

⁸⁹⁹ Wat in Duitsland onder "onzakelijke lening" wordt verstaan, beschrijf ik nader in hoofdstuk 7.3.2.2.

⁹⁰⁰ 4 september 2007, BT-Drs. 16/6290, blz. 73.

vennootschapsbelastingwet (§8b Abs. 3, S. 4 KStG). De wetgever is overigens van mening dat het om een verduidelijking gaat. Vóór 1 januari 2008 stelde hij zich op het standpunt dat een afwaardering van een lening verstrekt aan een deelneming "in samenhang met de aandelen in de dochtermaatschappij" kan worden gezien. Hierdoor moet volgens de wetgever de afwaardering op grond van §8b Abs. 3, S.3 KStG als (niet aftrekbaar) deelnemingsverlies worden aangemerkt. Het *Bundesfinanzhof* dacht hier echter anders over.⁹⁰¹ Door de Duitse Hoge Raad is geoordeeld dat een afwaardering van een lening verstrekt aan een deelneming *niet* "in samenhang met de aandelen in de dochtermaatschappij" kan worden gezien, waardoor de afwaardering dus niet als deelnemingsverlies geldt en per saldo in beginsel wel aftrekbaar is. De wettelijke bepaling "repareert" dus als het ware deze zienswijze van de Duitse Hoge Raad (*Bundesfinanzhof*) per 1 januari 2008. Vanuit het civiele recht is de verstrekte lening aan een deelneming vreemd vermogen. Het *Bundesfinanzhof* heeft in het verleden beslist dat een door de moedermaatschappij verstrekte lening aan de deelneming ook fiscaal wordt aangemerkt als vreemd vermogen op het moment dat het de plaats inneemt van een kapitaalverstrekking.⁹⁰² De betreffende (onzakelijke) lening wordt dus zowel civiel – als fiscaalrechtelijk gezien als een lening.

7.3.2.2 Onder welke omstandigheden is sprake van een onzakelijke lening?

De wettelijke regeling in §8b Abs. 3, S.4 KStG sluit verliezen op gelieerde leningen uit van aftrek, *tenzij* bewezen wordt dat dezelfde lening onder gelijke voorwaarden bij een derde betrokken had kunnen worden.⁹⁰³ Ik versta in dit hoofdstuk dus onder "onzakelijk lening naar Duits fiscaal recht" een lening aan een gelieerd lichaam waarbij een belastingplichtige niet kan bewijzen dat dezelfde lening onder gelijke voorwaarden door een derde zou kunnen worden verstrekt. Het gevolg is dan dat een verlies op deze lening niet ten laste van de winst kan worden gebracht.

Onder "gelieerdheid" wordt in casu verstaan een crediteur die meer dan 25% direct of indirect bezit in het nominaal verdeeld aandelenkapitaal van een deelneming. Om het ontwijken van deze bepaling tegen te gaan, kunnen zogenaamde "nabij staande personen" (*Gesellschafter nahe-stehende Personen*, zie §8b Abs.3 S.5 KStG)⁹⁰⁴ evenmin een verlies op een onzakelijke lening in aanmerking nemen. Onder "nabij staande personen" wordt in het Duitse belastingrecht verstaan een persoon waarin de aandeelhouder een belang heeft van tenminste 25% of andersom, beide vennootschappen via een gemeenschappelijke houdstervenootschap gelieerd zijn of indien een persoon een doorslaggevende invloed kan uitoefenen. In de Duitse literatuur stellen sommige auteurs zich op het standpunt dat de regeling alleen van toepassing is op zogenaamde leningen "omlaag" (moedermaatschappij verstrekt lening aan de dochtermaatschappij), omdat alleen dan sprake kan zijn van deelnemingsvrijstellingssituaties.⁹⁰⁵ Gezien de in hoofdstuk 7.3.2.1. besproken aanleiding om de wettelijke regeling in te voeren is er voor dit standpunt ook zeker wat te zeggen. Met andere auteurs⁹⁰⁶ ben ik evenwel van mening dat de regeling gezien de uitbreiding van "nabij staande personen" ook van toepassing lijkt te zijn bij leningen "omhoog" en leningen "opzij".

Uit het voorgaande volgt dat in Duitsland de hoofdregel is dat een afwaarderingsverlies op een gelieerde lening in aftrek komt, tenzij de lening verstrekt wordt aan een "gelieerd lichaam" (*Gesellschafter nahe-stehende Personen*). In een dergelijk geval heeft de belastingplichtige evenwel een tegenbewijsmogelijkheid. Indien de belastingplichtige kan bewijzen dat een derde deze lening onder de gegeven omstandigheden en voorwaarden ook zou hebben verstrekt (*Drittvergeleich*), wordt de lening niet als onzakelijk aangemerkt. Door deze wettelijke formulering ligt de (relatief zware) bewijslast bij de belastingplichtige. De wetgever heeft in de parlementaire toelichting aangegeven in welke gevallen in ieder geval *niet* aan de tegenbewijsregeling is voldaan. Een lening kan volgens de wetgever als niet-zakelijk worden aangemerkt, indien de lening i) renteloos is, of ii)

⁹⁰¹ BFH, 14.1.2009 – I R 52/08, BStBl. II 2009, blz. 674 (675); Finanzgericht Niedersachsen v. 3.4.2008 – 6 K 442/05, DStRE 2008, p. 1450.

⁹⁰² BFH, 5.2.1992 – I R 127/90, BStBl. II 1992, p. 532.

⁹⁰³ Voor een uiteenzetting zie ook Watermeyer in Hermann/Heuer/Raupach, §8b KStG, Anm. 110-120.

⁹⁰⁴ De term nabij staande personen staat in §1 Abs. 2 AStG. Hier gaat het om een percentage van tenminste 25%, waarbij het in §8b Abs. 3, S. 4 KStG gaat om meer dan 25%. Dit is op zijn minst opmerkelijk te noemen.

⁹⁰⁵ Zie bijvoorbeeld Schreiber/Syré, DStR 2011, p. 1254 ff.; Winhard, Finanzrundschau 2010, p. 686 (691).

⁹⁰⁶ Vergelijk Gosch, KStG §8b, Rn. 279d.

geen zekerheden gesteld zijn, of iii) een oorspronkelijke zakelijk lening is die bij een "crisis" bij de debiteur niet kan worden teruggevorderd.⁹⁰⁷

Deze criteria worden in de Duitse literatuur sterk bekritiseerd.⁹⁰⁸ In het bijzonder wordt er op gewezen dat het *Bundesfinanzhof* in vroegere rechtspraak heeft beslist dat leningen zonder zekerheden in een concern niet automatisch als onzakelijk kunnen worden aangemerkt, omdat het stellen van zekerheden door de doorslaggevende invloed van de moedermaatschappij niet nodig is.⁹⁰⁹ Het standpunt van de wetgever betreffende het niet terugvorderen van de lening bij een crisis van de debiteur roept vele vragen op. Bijvoorbeeld, wanneer en onder welke omstandigheden is sprake van een crisis (dit wordt door de wetgever niet nader toegelicht) en wat te doen met leningen waarbij overeengekomen is dat het niet mogelijk is om de lening op een eerder tijdstip terug te vorderen?

Of een lening als zakelijk of onzakelijk wordt aangemerkt, moet worden beoordeeld op het moment van het aangaan van de lening (of verstrekken van de borg). Of de crediteur op dat moment een belang van meer dan 25% heeft in de debiteur is niet relevant. Opvallend en in de Duitse literatuur bekritiseerd, is dat de lening als onzakelijk kan worden aangemerkt als er ooit een meer dan 25% belang heeft bestaan.⁹¹⁰ Het kan dus zijn dat op het moment van verstrekken van de lening of op het moment van afwaardering geen belang van meer dan 25% bestaat, maar dat de lening wel als onzakelijk kan worden aangemerkt. Voor het geval dat een lening ondanks een crisis bij de debiteur niet teruggevorderd is, moet worden aangesloten bij het moment van de crisis en de vraag worden gesteld of een derde op dat moment de lening zou hebben teruggevorderd.⁹¹¹

7.3.2.3 *Fiscale gevolgen van de kwalificatie als onzakelijke lening?*

Als vastgesteld is dat sprake is van een onzakelijke lening, dan geldt voor de crediteur dat het verlies op de hoofdsom niet aftrekbaar is. Aangenomen wordt dat een verlies bij de crediteur kan ontstaan bij afwaardering, bij verdwijning door insolventie of liquidatie van de dochtervennootschap en bij vervreemding of kwijtschelding⁹¹² van een vordering. Duitsland kent geen liquidatieverliesregeling.⁹¹³ Het verlies op de lening kan dus definitief niet in aanmerking worden genomen. Loopt een dergelijke lening weer vol, dan is die volloop op grond van §8b Abs. 3 en Abs. 8 KStG onbelast. De onzakelijke leningleer heeft geen gevolgen voor de debiteur. Bij hem wordt de onzakelijke schuld gewoon als een schuld behandeld.

⁹⁰⁷ 4 september 2007, BT-Drs. 16/6290, blz. 73 en 74.

⁹⁰⁸ Zie bijvoorbeeld Watermeyer in Hermann/Heuer/Raupach, §8b KStG, Anm. 116 en Kosner/Kaiser, DStR 2012, blz. 925 (927).

⁹⁰⁹ BFH, 29.10.1997 - I R 24/97, BStBl. II 1998, blz. 573; BFH, 21.12.1994 - I R 65/94, DStR 1995, 847.

⁹¹⁰ R.Neumann/H.J. Watermeyer, Forderungsverluste von Gesellschaftern im Betriebsvermögen, Ubg 12/2008, blz. 748-751; Fuhrmann/Strahl, Änderungen im Unternehmensteuerrecht durch das JStG 2008, DStR 2008, blz. 125-131.

⁹¹¹ R.Neumann/H.J. Watermeyer, Forderungsverluste von Gesellschaftern im Betriebsvermögen, Ubg 12/2008, blz. 748.

⁹¹² Bij kwijtschelding wordt de lening gesplitst. Het deel dat nog een waarde heeft wordt als informele kapitaalstorting aangemerkt. Het deel dat geen waarde heeft wordt gezien als een verlies in de zin van §8b Abs. 3 S. 4 KStG. Een borgstellingsverlies wordt ook als een dergelijk verlies op een onzakelijke lening aangemerkt. Dötsch/Jost/Pung/Witt, KStG §8b, Rn. 130.

⁹¹³ Met betrekking tot in het buitenland definitief geleden verliezen (naar aanleiding van HvJ EG 13 december 2005, nr. C-446/03 Marks & Spencer II) heeft Duitsland nog niets wettelijk geregeld. De Duitse wetgever is van mening dat bijvoorbeeld nog niet duidelijk is wat precies onder "definitieve geleden verliezen" moet worden verstaan. Zie bijv. Bundesministerium der Finanzen, Prüfbericht 'Verlustverrechnung und Gruppenbesteuerung', 10-11-2011, blz. 68. Het feit dat Duitsland geen rekening houdt met in het buitenland definitief geleden verliezen wordt in de Duitse literatuur veelvuldig bekritiseerd, bijvoorbeeld, N. Herzig, Aktuelle Entwicklungen bei §8b KStG und §3c EStG, DB 2003, blz. 1459-1467.

7.3.2.4 Rente en de onzakelijke lening

In situaties waarin een onzakelijke rente is overeengekomen wordt de rente als zodanig in Duitsland in binnenlandse situaties niet gecorrigeerd. Het verschil tussen de overeengekomen rente en de arm's length rente wordt eventueel fiscaal wel behandeld als een verkapte dividenduitkering (*verdeckte Gewinnausschüttung*). Een informele kapitaalstoring is echter niet mogelijk (zie ook hoofdstuk 5.3.1).⁹¹⁴ Bij grensoverschrijdende situaties (bijvoorbeeld een Duitse moedermaatschappij verstrekt een lening aan een Nederlandse deelneming) wordt de rente wel gecorrigeerd en wordt er op grond van §1 AStG een arm's length rente in aanmerking genomen. In Duitsland wordt het rentepercentage niet gebruikt als "corrigerende factor" voor de vaststelling of sprake is van een zakelijke of onzakelijke lening. Stel dat een Duitse moedermaatschappij een lening heeft verstrekt aan haar Duitse dochtermaatschappij met een overeengekomen rentepercentage van 4 en een derde zou de lening onder die voorwaarden alleen hebben willen verstrekken tegen 6%. In die situatie vindt er in Duitsland geen correctie plaats naar 6%, maar wordt de lening wel als onzakelijk gezien. Een eventueel afwaarderingsverlies op deze lening komt volgens de Duitse wetgever derhalve niet in aftrek.

7.3.2.5 Ervaring in Duitsland met de wettelijke invulling van de onzakelijke leningleer

In Duitsland is er veel kritiek op de wettelijke invulling van de onzakelijke leningleer. Op hoofdlijnen ziet de kritiek op:

- het feit dat in beginsel elke gelieerde lening (vanaf meer dan 25%) onder de regeling valt en niet slechts leningen die de plaats innemen van kapitaalverstrekkingen (conform de ratio van de regeling);
- het feit dat verliezen op een lening niet in aftrek kunnen worden gebracht. Een belastingplichtige in Duitsland wordt geacht op grond van het *Nettoprinzip* het recht te hebben om definitieve verliezen in aftrek te brengen op de winst; van het *Nettoprinzip* is alleen onder strikte voorwaarden af te wijken. De vraag is of de Duitse onzakelijke lening wetgeving niet in strijd is met het *Nettoprinzip*.⁹¹⁵
- de leninggever wordt bestraft voor het feit dat hij in - voor de leningnemer - zware economische tijden bereid is ondernemingsrisico aan te gaan.⁹¹⁶
- de wettelijke bepalingen zorgen niet voor financieringsneutraliteit.⁹¹⁷
- de onduidelijkheid van de wet die vele vragen onbeantwoord laat;
- het feit dat de bewijslast enkel en alleen bij de belastingplichtige ligt.

De wettelijke regels worden in de praktijk als zeer complex ervaren.⁹¹⁸ Met name heerst er in de praktijk onzekerheid over hoe aan de tegenbewijsregeling kan worden voldaan.⁹¹⁹ De wetgever heeft alleen aangegeven wanneer er in ieder geval geen sprake zou zijn van een zakelijke lening. Dit standpunt van de wetgever is gezien de jurisprudentie omstreden en nadelig voor belastingplichtigen. De Duitse Belastingdienst ziet zich echter gebonden aan deze uitleg en uit de

⁹¹⁴ §8 Abs. 3 S. 3 KStG zorgt er voor dat de winst bij de debiteur als gevolg van de informele kapitaalstorting niet wordt verhoogd. §8 Abs. 1 S.1 KStG jo. §6 Abs. 6 S. 2 EStG zorgt er voor dat de kapitaalstorting als nagekomen aankoopkosten wordt aangemerkt.

⁹¹⁵ Zie hierover ook bijvoorbeeld J. Hey in Tipke/Lang¹⁹, Steuerrecht, §11, Rz. 41: "Die Regelung ist Ausdruck überzogener Missbrauchsabwehr und führt damit zu einer nicht gerechtfertigten Verletzung des objektiven Nettoprinzip. Sie erfasst jedwedes Gesellschafterdarlehen, ist also nicht auf eigenkapitalersetzende Darlehen beschränkt. Nur wenn der Stpfl. Den Nachweis führt, dass auch ein fremder Dritter das Darlehen gewährt bzw. Nicht zurückgefordert hätte, können weiterhin Teilwertabschreibungen vorgenommen werden."

⁹¹⁶ S. Eilers/F. Bühring, Sanierungssteuerrecht - Selbst ein Sanierungsfall? StuW 3/2009, blz.254-255.

⁹¹⁷ BFH, 5.2.1992 - I R 127/90, BStBl II 1992, p. 532; C. Fuhrmann/ M. Strahl, Änderungen im Unternehmensteuerrecht durch das JStG 2008, DStR 2008,125-131; C.A. Winhard, Behandlung ausländischer Forderungsverluste - Praxisprobleme des §8b Abs.3 Satz 4 bis 8 KStG i.d.F. des JStG 2008, FR 2010, blz.689.

⁹¹⁸ Zie o.a. R. Neumann/H.J. Watermeyer, Forderungsverluste von Gesellschaftern im Betriebsvermögen, Ubg 12/2008.

⁹¹⁹ Zie o.a. E. Bogenschütz, Der Fremdvergleichsgrundsatz bei der Konzernfinanzierung - das nach wie vor unbekannte Wesen? Ubg 3/2014, blz.155-163.

ervaringen die bij mij bekend zijn, leid ik af dat de Duitse Belastingdienst niet welwillend is om vooraf mee te denken of en zo ja hoe de belastingplichtige tegenbewijs kan leveren. Belastingplichtigen zijn derhalve genooddaakt om specifieke kredietaanbiedingen, kredietwaardigheidsanalyses, bankverklaringen etc.⁹²⁰ op te laten stellen of op te vragen, wat tot administratieve lasten en rompslomp leidt.⁹²¹ Vervolgens is het nog niet in alle gevallen zeker of de lening als zakelijk kan worden aangemerkt.

7.3.3 Renteaftrekbeperkingen

7.3.3.1 Inleiding

Financieringskosten zijn – evenals andere kosten – in beginsel aftrekbaar van de winst. De Duitse wetgever heeft in de wet een generieke renteaftrekbeperking⁹²², een earningsstrippingmaatregel (in Duitsland *Zinsschranke* genoemd), opgenomen die de aftrek van financieringskosten (rente) kan beperken (§4h EStG, §8a KStG). Alvorens ik hieronder in zal gaan op de belangrijkste kenmerken, ratio en wetsgeschiedenis van deze generieke renteaftrekbeperking is het mijns inziens belangrijk te constateren dat vóórdat men aan renteaftrekbeperkingen toekomt de vraag of sprake is van een lening of kapitaal reeds gepasseerd is. Ik ga er in het hiernavolgende vanuit dat het gaat om een zakelijke lening met een zakelijke vergoeding.

Zoals in hoofdstuk 3.3.2.1. beschreven, vindt winstbepaling in de *Gewerbsteuer* plaats door de heffingsgrondslag voor de *Körperschaftsteuer* als uitgangspunt te nemen en vervolgens enkele correcties toe te passen. Eén van de correcties (*Hinzurechnung*) resulteert effectief in een aftrekbeperking voor bepaalde posten waarin een rente-element zit. Sinds 2008 kunnen rentekosten voor 25%, leasebetalingen voor roerende zaken voor 5%, royaltybetalingen voor 6,25% en leasebetalingen voor onroerende zaken voor 12,5% niet in aftrek worden gebracht voor *Gewerbsteuer*doeleinden. De gedachte hierachter is dat de *Gewerbsteuer* een objectbelasting is die een van de persoonlijke situatie losstaande benadering van het prestatievermogen van het object vereist. De objectieve rentabiliteit van het bedrijf dient te worden belast, los van het feit of het bedrijf met eigen of met vreemd vermogen is gefinancierd.⁹²³

7.3.3.2 Earningsstrippingmaatregel (EBITDA-regeling); *Zinsschranke*⁹²⁴

In 2008 is bij de *Unternehmensteuerreform* het gecombineerde belastingtarief van de totale winstbelasting op ondernemingswinsten verlaagd en zijn er grondslagverbredende maatregelen ingevoerd.⁹²⁵ Een van de grondslagverbredende wijzigingen betrof de vervanging van de Duitse *thincapitalisation*regels door een earningsstrippingmaatregel. Onder de oude *thincap*regeling tot 1

⁹²⁰ A. Crüger, *Fremdvergleich im Rahmen der deutschen Unterkapitalisierungs-Gesetzgebung der §8a KStG a.F.* §8b Abs 3 KStG sowie der allgemeinen Dokumentationsvorschriften nach §90 Abs. 3 AO, *ISr* 2009, blz.159; J. Schwenker/C. Fischer, *Gesellschafterdarlehen, Aspekte der Darlehensgewährung an eine Kapitalgesellschaft*, *FR* 2010, blz. 643-648.

⁹²¹ Zie ook F. Kosner/M. Kaiser, *Zweifelsfragen und Praxiserfahrungen im Zusammenhang mit dem Abzugsverbot für Gewinnminderungen i.s. des §8b Abs.3 Satz 4 ff. KStG*, *DStR* 2012, blz.925-930.

⁹²² Ik versta onder een generieke renteaftrekbeperking een bepaling die onafhankelijk is van een bepaalde transactie of gebeurtenis. Het doel waarvoor de belastingplichtige een lening is aangegaan is irrelevant. Rente wordt beperkt aan de hand van bijvoorbeeld de vermogenspositie van desbetreffende entiteit. Voorbeelden van een generieke renteaftrekbeperking is de *thincap*regeling (art.10d Wet VPB 1969 oud), zoals deze tot 1 januari 2013 heeft gegolden en de in Duitsland van toepassing zijnde earningsstrippingmaatregel.

⁹²³ Ernst & Young, *Studie: Aspecten van de Duitse Gewerbesteuer*, december 2007. Ik zal – omwille van de omvang van mijn onderzoek – verder niet ingaan op deze in de *Gewerbsteuer* van toepassing zijnde renteaftrekbeperking.

⁹²⁴ In dit hoofdstuk zijn integraal delen tekst opgenomen van mijn artikel F.J. Elswier/J. van Strien, *De Duitse earningsstrippingmaatregel; een (goede) optie voor Nederland?*, *WFR* 2012/182.

⁹²⁵ Voor een historische uiteenzetting van §8a KStG verwijs ik naar Prinz in Hermann/Heuer/Raupach, §8a KStG, Anm. 2-3.

januari 2008 werden interestbetalingen op langlopende leningen aan verbonden lichamen⁹²⁶ geherkwalificeerd tot niet aftrekbaar dividend, indien sprake was van excessieve financiering en de interestbetalingen de grens van € 250.000 overschreden.⁹²⁷ Een vennootschap was excessief gefinancierd als de eigen vermogen (EV) - vreemd vermogen (VV) ratio groter was dan 1:1,5. De herkwalificatie tot dividend gold overigens ook voor de (Duitse) crediteur. Onder de earningsstrippingmaatregel die per 1 januari 2008 in werking is getreden, wordt de niet aftrekbare rente niet langer geherkwalificeerd tot dividend, maar aangemerkt als niet-aftrekbare bedrijfskosten. Naast een andere systematiek is ook de reikwijdte vergroot. Daar waar onder de oude regeling de rente betaald aan derden altijd aftrekbaar was, kan de earningsstrippingmaatregel ook rentebetalingen aan derden van aftrek uitsluiten. De thincapregeling werd vervangen door de earningsstrippingmaatregel, omdat laatstgenoemde het louter om fiscale redenen financieren met vreemd vermogen (misbruikgevallen)⁹²⁸ beter zou kunnen aanpakken en beter uitholling van de Duitse grondslag zou kunnen voorkomen.⁹²⁹ Duitse ondernemingen zouden internationaal gezien een relatief hoge VV-ratio hebben. De Duitse regering verwacht dat de earningsstrippingmaatregel op middellange termijn ongeveer € 1,5 miljard per jaar zou gaan opleveren.⁹³⁰

De earningsstrippingmaatregel is zowel van toepassing op personenvennootschappen als op kapitaalvennootschappen in de KStG en GewStG. De earningsstrippingmaatregel bepaalt dat het saldo van rentekosten en renteopbrengsten (netto rentelast) van zowel leningen van verbonden lichamen als leningen van derden niet in aftrek kunnen worden gebracht voor zover deze meer bedragen dan 30% van de fiscale EBITDA (Earnings Before Interest, Taxation, Depreciation and Amortization). Dit is anders indien er een 'uitzondering' van toepassing is. Op het moment van invoering in 2008 werd de rente bij een Duitse belastingplichtige niet in aftrek beperkt op het moment dat:

- de netto rentelast in het desbetreffende jaar kleiner is dan € 1.000.000, en/of
- de onderneming geen deel uitmaakt van een concern⁹³¹ en er geen "schadelijke aandeelhoudersbetaling"⁹³² is gedaan, en/of
- de onderneming een betere EV-ratio⁹³³ heeft ten opzichte van het concern en er geen "schadelijke aandeelhoudersbetaling" is gedaan.

Het eventueel niet in aftrek komende gedeelte van de rente kan worden doorgeschoven naar volgende jaren, met wederom inachtneming van de earningsstrippingmaatregel. Wel kan de

⁹²⁶ Onder langlopende leningen werden leningen verstaan met een looptijd van meer dan een jaar. Verbondenheid bestond bij een direct of indirect 25% aandelenbelang.

⁹²⁷ Oude §8a KStG; Deze thincapregeling was per 1 januari 1994 in werking getreden. Voor een uitgebreide Nederlandstalige uiteenzetting van de oude thincapregeling in Duitsland verwijs ik naar R. Betten en R.A. Sommerhalder, De nieuwe "thin capitalization" regels in Duitsland; consequenties voor Nederlandse aandeelhouders in Duitse vennootschappen, MBB 1995/64.

⁹²⁸ 27 maart 2007, BR-Drs. 16/4841, blz.35.

⁹²⁹ 30 maart 2007 BR-Drs. 220/07, blz. 31, blz.53 en 27 maart 2007, BR-Drs. 16/4841, blz.31.

⁹³⁰ 27 maart 2007, BR-Drs. 16/4841, blz. 42.

⁹³¹ Belastingplichtige behoort tot een concern als zij meegeconsolideerd wordt of meegeconsolideerd zou kunnen worden en ook indien het zakelijke en financiële beleid samen met andere ondernemingen uniform vastgesteld kan worden (*Gleichordnungskonzern* genoemd).

⁹³² Er is sprake van een schadelijke aandeelhoudersbetaling, indien belastingplichtige 10% of meer van de netto rente aan een aandeelhouder betaalt die een indirect of direct aandelenbelang heeft van tenminste 25%. Van der Hurk & Ubach wijzen er op dat de Duitse EBITDA regel daarmee beschouwd kan worden als een earningsstrippingmaatregel die gecombineerd wordt met specifieke antimisbruikregels of targeted rules. De stand alone uitzondering en de groepescape zijn volgens hen allen van toepassing indien er geen sprake is van schadelijke aandeelhoudersfinanciering. Zie H.T.P.M. van der Hurk/S.J.P. Ubachs, De EBITDA regel binnen OESO en EU-verband, een verstandige keus? (deel II), WFR 2016/238, paragraaf 2.1.

⁹³³ EV-ratio is het EV ten opzichte van het balanstotaal en wordt bepaald door IFRS, local GAAP of US GAAP. Vanaf 1 januari 2010 wordt 2% onderschrijding geaccepteerd (voor genoemde datum gold een onderschrijding van maximaal 1%).

renteaf trek definitief verloren gaan bij bijvoorbeeld de toepassing van de *Mantelkaufregeling* (zie hoofdstuk 6.3.3).

Vanwege de financiële en economische crisis paste Duitsland zijn belastingwetgeving op bepaalde punten aan. Zo is ook per 1 januari 2010 de earningsstrippingmaatregel gewijzigd.⁹³⁴ Al in juli 2009 had de wetgever de grens van € 1.000.000 vrije renteaf trek (met terugwerkende kracht) verhoogd tot € 3.000.000 voor de fiscale jaren 2008 en 2009. Per 1 januari 2010 is deze vrije renteaf trek grens van € 3.000.000 definitief geworden. Indien de netto rentelast minder bedraagt dan € 3.000.000 zijn alle rentelasten aftrekbaar, ongeacht de grootte van EBITDA. Per 1 januari 2010 is ook bepaald dat de "niet gebruikte EBITDA" vijf jaren kan worden voortgewenteld. Indien de rentelast in een bepaald jaar minder dan 30% van de belastbare EBITDA bedraagt, dan wordt het verschil tussen deze beide bedragen doorgeschoven naar het volgende jaar. De rentelast in het volgende jaar is aftrekbaar tot 30% van de belastbare EBITDA plus het nog niet benutte deel van de belastbare EBITDA van de vijf voorgaande jaren.⁹³⁵

Het belangrijkste voordeel dat (vooral) vanuit de praktijk te horen is, is de relatieve eenvoud van de earningsstrippingmaatregel (met uitzondering van de concernratio). Met name als de netto rentelast onder de € 3.000.000 blijft, is er geen enkele renteaf trekbepierking in de Duitse vennootschapsbelasting die van toepassing is. Als ander voordeel kan het temporiserende karakter van de regeling worden genoemd. De in een jaar niet-aftrekbare rente gaat in principe niet definitief verloren, maar kan in beginsel onbepierkt worden doorgeschoven naar toekomstige jaren.

Sinds invoering van de earningsstrippingmaatregel in Duitsland is er echter vooral de nodige kritiek geuit op de regeling.⁹³⁶ Bij de invoering is door de wetgever aangegeven dat de aftrekbepierking misbruik met vreemd vermogen financiering tegen moet gaan.⁹³⁷ De regeling is echter in 2008 vooral ingevoerd om de tariefsverlaging in Duitsland mogelijk te maken en wordt daarom in de praktijk vooral gezien als een grondslagverbredende maatregel. Uit de praktische uitwerking van de Duitse earningsstrippingmaatregel blijkt inderdaad vooral een grondslagverbredende werking.⁹³⁸ Eén van de voornaamste kritiekpunten is dat de regeling ook derde-leningen treft, waarbij er geen enkele aanleiding is om misbruik te veronderstellen.⁹³⁹ Een ander belangrijk kritiekpunt betreft de inbreuk die de regeling maakt op grondbeginselen van het (Duitse) belastingrecht. Vanwege het feit dat de earningsstripping maatregel ook niet-misbruik gevallen raakt, zijn diverse auteurs van mening dat de regeling daarmee in strijd is met het *Leistungsfähigkeitsprinzip*.⁹⁴⁰ Er wordt volgens hen een fundamentele inbreuk gemaakt op het *Nettoprinzip*. Kosten (in casu rente-kosten) die normaal gesproken in aftrek komen omdat deze de draagkracht van een ondernemer verminderen, worden

⁹³⁴ *Wachstumsbeschleunigungsgesetz*, 9 november 2009, BT-Drs. 17/15.

⁹³⁵ De regeling heeft terugwerkende kracht in die zin dat voor het jaar 2010 de eventuele niet benutte EBITDA uit de financiële jaren 2007-2009 meegenomen kan worden. Voor een voorbeeld van de voortwenteling van niet gebruikte EBITDA verwijs ik naar F.J. Elswier, "Ontwikkelingen in de Duitse belastingwetgeving voor kapitaalvennootschappen", MBB 2010/3, paragraaf 5.3.

⁹³⁶ Het commentaar van Hey (J. Hey in Tipke/Lang²², *Steuerrecht*, §11, Rz.56) is mijns inziens overduidelijk. Zij geeft aan: "*Die vom Gesetzgeber gewählte Lösung zur Bekämpfung einer Verlagerung von Steuersubstrat durch Fremdfinanzierungsgestaltungen ist inakzeptabel. Abgesehen von den immensen praktischen Problemen des §4h EStG und §8a KStG, die bereits während des Gesetzgebungsverfahrens Gegenstand einer Flut von Aufsätzen waren, ist die Zinsschrankenregelung systematisch verfehlt und verfassungswidrig [...]*"

⁹³⁷ 30 maart 2007, BR-Drs. 220/07, blz. 53.

⁹³⁸ Ernst&Young, 'Studie zur Evaluation der Gegenfinanzierung der Unternehmensteuerreform 2008', p. 11.

⁹³⁹ In de literatuur wordt gesuggereerd dat de earningsstrippingmaatregel in strijd is met EU-recht. Op grond van o.a. Cadbury Schweppes mag een anti-misbruikbepaling namelijk alleen van toepassing zijn op kunstmatige constructies. Zie bijvoorbeeld W. Kessler/R. Eicke, 'New German thin cap rules - too thin the cap', *Tax Notes International*, blz. 263 e.v.

⁹⁴⁰ Zie bijvoorbeeld Prinz in Hermann/Heuer/Raupach, §8a KStG, Anm. 4. W. Kessler/M.L. Dietrich, Die Zinsschranke nach dem WaBeschG - La dolce vita o il dolce far niente?', DB 2010, blz. 240 en M. Lenz/O.Dörfler, Die Zinsschranke im internationalen Vergleich, DB 2010, blz. 19.

van aftrek uitgesloten. Alleen budgettaire overwegingen kunnen een inbreuk op het *Nettoprinzip* en daarmee het draagkrachtbeginsel niet rechtvaardigen. Het feit dat rente niet in aftrek komt bij de debiteur en mogelijk wel belast wordt bij de crediteur leidt tot een niet te rechtvaardigen economische dubbele belastingheffing. Anderzijds kan beargumenteerd worden dat uiteindelijk geen inbreuk wordt gemaakt op het draagkrachtbeginsel, vanwege het feit dat de niet in aftrek komende rente kan worden doorgeschoven en dat er slechts sprake is van een tijdelijke verschil. De rente kan echter (voor een deel) wel definitief verloren gaan, bijvoorbeeld na een herstructurering (*Mantelkaufregelung*). Dit laatste wordt juist in een financiële en economische crisistijd als extra negatief ervaren. De fiscale gevolgen voor een in zwaar weer verkerende vennootschap zijn al nadelig, omdat zij een deel van de rente door de procyclische werking van de earningsstrippingmaatregel niet in aftrek kan brengen. Op het moment dat een concern actie wil ondernemen door bijvoorbeeld deze vennootschap af te stoten, loopt zij mogelijk tegen de regeling van de schadelijke aandeelhouderswijziging aan. Hierdoor kunnen nog te verrekenen verliezen en rente verloren gaan en kunnen bijvoorbeeld potentiële investeerders worden afgeschrikt. Het *Bundesfinanzhof*⁹⁴¹ heeft inmiddels geoordeeld dat de *Zinsschranke* mogelijk in strijd is met de grondwet (*verfassungswidrig*). Mogelijk is het *Nettoprinzip* (dat voortvloeit uit het gelijkheidsbeginsel en het daaruit voortvloeiende draagkrachtsbeginsel) in het geding. Het Duitse *Bundesverfassungsgericht* moet hier uiteindelijk uitspraak over doen. Naast nationaalrechtelijke bedenkingen zijn er ook op Europees niveau twijfels of de earningsstrippingmaatregel wel unierechtconform is.⁹⁴²

Ook is er genoeg kritiek te vinden ten aanzien van de *invulling* van de earningsstrippingmaatregel. Indien de netto rentelast minder bedraagt dan € 3.000.000, dan zijn alle rentelasten aftrekbaar, ongeacht de grootte van EBITDA. Deze uitzondering wordt door het Duitse MKB als zeer positief ervaren. Kritiekpunt op deze uitzondering is het alles-of-niets karakter. Bij een netto rentelast van € 3.000.000 vervalt de uitzondering volledig en is de hoofdregel (renteaftrek tot 30% van EBITDA) weer van toepassing.⁹⁴³ De uitzondering (en de ophoging van de € 1.000.000 vrije renteaftrek tot € 3.000.000) brengt met zich mee dat veel ondernemingen niet meer geraakt worden door de regeling. Deze uitzondering vormt echter geen fundamentele oplossing voor het wetstechnische probleem dat inbreuk wordt gemaakt op het draagkrachtbeginsel c.q. het *Nettoprinzip* en evenmin voor het feit dat ook niet-misbruik gevallen onder de regeling kunnen vallen.⁹⁴⁴ De earningsstrippingmaatregel is niet van toepassing indien de onderneming kan aantonen dat haar EV-ratio niet slechter is dan de EV-ratio van het concern en er geen sprake is van een schadelijke aandeelhoudersbetaling. Ondernemingen ervaren deze regel echter als uiterst complex en maken veel (administratieve) kosten om aan de bewijslast te kunnen voldoen. De ruime concerndefinitie voor earningsstrippingdoeleinden levert bijvoorbeeld veel onzekerheid op met betrekking tot het consolidatieniveau. Daarnaast blijkt dat het in veel gevallen niet mogelijk is om de vereiste documentatie te verkrijgen dat ergens in de groep niet meer dan 10% van de rente is betaald aan een 25% aandeelhouder.⁹⁴⁵ Uit de praktijk komen daarom geluiden dat veel ondernemingen afzien van gebruikmaking van de EV-ratio uitzondering.

Door de financiële en economische crisis en de procyclische werking van de earningsstrippingmaatregel werden in eerste aanleg veel meer ondernemingen getroffen door de

⁹⁴¹ Bundesfinanzhof, Entscheidung vom 14.10.2015, I R 20/15, gepubliceerd op 10 februari 2016.

⁹⁴² Zie M. Glahe, Zinsschranke und Verfassungsrecht, Ubg 8/2015, blz. 461, 462, P.B.N. van Os, De unierechtelijke houdbaarheid van de Nederlandse renteaftrekbeperkingen (deel 2), MBB 2016/4, paragraaf 5 en L. Hillmann / R. Hoehl, Interest limitation rules: At a crossroads between national sovereignty and harmonization, European Taxation, 2018 (volume 58), nr. 4, paragraaf 6.

⁹⁴³ Zie bijvoorbeeld M. Lenz/O. Dörfler, Die Zinsschranke im internationalen Vergleich, DB 2010, blz.19 en BDI/KPMG-Studie, Die Behandlung von Finanzierungsaufwendungen, blz. 52.

⁹⁴⁴ Zie bijvoorbeeld ook W. Kessler/M.L. Dietrich, Die Zinsschranke nach dem WaBeschG - La dolce vita o il dolce far niente?', DB 2010, blz. 240.

⁹⁴⁵ Zie bijvoorbeeld M. Lenz/O. Dörfler, Die Zinsschranke im internationalen Vergleich, DB 2008, blz. 19. De Duitse belastingplichtige dient voor alle ondernemingen met wie zij in een groep verbonden is aan te tonen dat er geen sprake is geweest van een dergelijke betaling.

regeling dan de Duitse regering vooraf had beoogd.⁹⁴⁶ Door middel van de verhoging van de rentevrije aftrek en de mogelijkheid tot voortwenteling van EBITDA in 2010 is getracht om een deel van de getroffen ondernemingen alsnog te ontzien. Door ophoging van de € 1.000.000 vrije renteaftrek tot € 3.000.000 vrije renteaftrek blijkt dat het aantal door de earningsstrippingmaatregel getroffen ondernemingen met de helft is afgenomen.⁹⁴⁷ Feit blijft wel dat de onzekerheid en onrust die de invoering van de regeling in 2008, en latere aanpassingen in 2010, teweeg brachten, mogelijk een behoorlijke impact op het Duitse vestigingsklimaat hebben gehad.⁹⁴⁸ Een ander belangrijk paradoxaal effect dat de ophoging van de vrije renteaftrek met zich heeft gebracht, is dat ondernemingen die met minder vreemd vermogen gefinancierd waren de grens van € 3.000.000 hebben opgezocht. Waar de earningsstrippingmaatregel juist bedoeld is om financiering met vreemd vermogen te ontmoedigen, heeft de ophoging van de vrije renteaftrek grens een tegenovergesteld effect gehad.

Een ander groot nadeel van de earningsstrippingmaatregel is de procyclische werking. In economische slechtere tijden zal de winst van de onderneming dalen. Hierdoor verliezen ondernemingen mogelijk ook nog eens een deel van de aftrekbaarheid van hun reële financieringskosten, waardoor ze relatief meer vennootschapsbelasting verschuldigd zijn. De Duitse wetgever heeft de procyclische werking deels verzacht door een bepaling in te voeren die er toe leidt dat het niet benutte EBITDA gedeelte vijf jaren kan worden voortgewenteld.⁹⁴⁹

Uit onderzoek blijkt verder dat met name houdstervenootschappen getroffen worden door de regeling.⁹⁵⁰ Dit lijkt een bewuste keuze van de wetgever. Vanwege het feit dat houdstervenootschappen door toepassing van de deelnemingsvrijstelling relatief weinig of geen eigen winst hebben, zullen ze op grond van de 30% EBITDA regeling nauwelijks rente in aftrek kunnen brengen. De "EV-ratio uitzondering" biedt voor een Duitse houdstervenootschap geen soelaas, aangezien wettelijk is bepaald dat de boekwaarde van de deelnemingen voor earningsstrippingdoeleinden in mindering komt op het EV.

Of de Duitse earningsstrippingmaatregel uiteindelijk effectief is, is moeilijk te zeggen. Uit een onderzoek van de Universiteit Keulen blijkt dat ongeveer de helft van de ondernemingen die getroffen worden door de earningsstrippingmaatregel haar financiële en/of juridische structuur hebben aangepast of zullen aanpassen om zodoende de nadelen van de earningsstripping tegen te gaan of te verzachten.⁹⁵¹ Uit onderzoek blijkt dat financiering met eigen vermogen niet wezenlijk is toegenomen.⁹⁵² Als we de regeling in context van de hervorming plaatsen lijkt deze uiteindelijk niet effectief. Uit een studie van Ernst & Young in 2009 blijkt dat ondanks de belastinghervorming en daarmee gepaard gaande belastingverlaging voor ondernemingen van netto circa € 5 miljard in 2008, de hervorming bij het merendeel van de ondernemingen aanvoelt als een belastingverzwaring vanwege de invoering van de earningsstrippingmaatregel en de beperking van verliesverrekeningsmogelijkheden.⁹⁵³ In het bijzonder staan de ondervraagde ondernemingen afwijzend tegenover de invoering van de earningsstrippingmaatregel. In de studie wordt dit verklaard

⁹⁴⁶ K. Blaufus/D. Lorenz, 'Wem droht die Zinsschranke?' Eine empirische Untersuchung zur Identifikation der Einflussfaktoren', Zeitschrift für Betriebswirtschaft 79 (2009), blz. 503-526.

⁹⁴⁷ K. Blaufus/D. Lorenz, 'Die Zinsschranke in der Krise?', StuW 4/2009, blz. 330.

⁹⁴⁸ Ik heb niet de illusie dat ik op de hoogte ben van elk gepubliceerd onderzoek / artikel / boek over de Duitse earningsstrippingmaatregel, maar in hetgeen ik gevonden heb liet men zich met name negatief uit over de ingevoerde renteaftrekbeperking.

⁹⁴⁹ C. Watrin/C. Pott/F. Richter, 'Auswirkungen der Zinsschranke auf die steuerliche Bemessungsgrundlage - eine empirische Untersuchung -', StuW 3/2009, blz. 267.

⁹⁵⁰ W. Kessler/S. Köhler/D. Knörzer, 'Die Zinsschranke im Rechtsvergleich: Problemfelder und Lösungsansätze', IStR 12/2007, blz. 419.

⁹⁵¹ N. Herzig/U. Lochmann/B. Liekenbrock, 'Die Zinsschranke im Lichte einer Unternehmensbefragung', DB 2008, blz. 602.

⁹⁵² N. Herzig/U. Lochmann/B. Liekenbrock, 'Impact study of the new German interest capping rule', Intertax 12/2008, blz. 583 ev.

⁹⁵³ Ernst & Young, 'Studie zur Evaluation der Gegenfinanzierung der Unternehmensteuerreform 2008', blz. 5.

door erop te wijzen dat de bereidheid en het begrip om belasting te betalen toeneemt naar mate de ratio van een wettelijke regeling en het belastingdoel duidelijker is geformuleerd, de uitwerking van de regeling overeenstemt met de ratio of het doel, en de belastingplichtige zich kan identificeren met de ratio of het doel.⁹⁵⁴ Uit bovenstaande blijkt volgens het onderzoek dat het signaal van een nominale tariefsverlaging door de politiek niet moet worden overschat en dat veranderingen in de grondslag net zo belangrijk zijn. Daarnaast blijkt dat rust en voorspelbaarheid voor een belastingplichtige op fiscaal gebied een veel belangrijker aspect is dan een eventuele tariefsverlaging.⁹⁵⁵

7.4 Beschouwing /conclusie

In dit hoofdstuk heb ik onderzocht hoe de fiscale regels rondom financieringsaspecten er uitzien in de vennootschapsbelasting, respectievelijk de *Körperschaftsteuer* (en summier de *Gewerbesteuer*) en welke verschillen en overeenkomsten er bestaan tussen de fiscale behandeling van de onzakelijke lening en aftrekbare rente in beide landen.

In zowel Nederland als Duitsland wordt er in de vennootschapsbelasting en *Körperschaftsteuer* fiscaal een onderscheid gemaakt tussen vreemd vermogen en eigen vermogen. Wat dat betreft is er in beide landen op dit gebied dus geen sprake van financieringsneutraliteit (vergelijk de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader). In de *Gewerbesteuer* wordt wel financieringsneutraliteit nagestreefd. Dit wordt bewerkstelligd door financierings- en huurlasten maar gedeeltelijk in aftrek toe te laten (zie hoofdstuk 3.3.1.2).

Uit een analyse van wetgeving, parlementaire stukken, jurisprudentie en literatuur blijkt mijns inziens dat op hoofdlijnen in Nederland de volgende discussiepunten kunnen worden gedestilleerd:

- De invulling en ontwikkeling van de onzakelijke leningleer door de rechter;
- De lappendeken aan specifieke renteaftrekbeperkingen.

Zoals al toegelicht in hoofdstuk 7.2.4 heb ik er voor gekozen het bestaande onderscheid in de fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogens in beide landen als uitgangspunt te nemen. Dit punt komt bij de behandeling van de hierboven benoemde discussiepunten wel impliciet terug.

Ten aanzien van beide discussiepunten blijkt uit een analyse van de Duitse wettelijke bepalingen, jurisprudentie en literatuur dat de invulling van de onzakelijke leningleer en fiscale omgang met rente in Duitsland op een andere wijze geschiedt dan in Nederland. Dit maakt het uiteraard nog interessanter om te analyseren of de Duitse benadering aanbevelenswaardig is voor de Nederlandse vennootschapsbelasting. Hieronder geef ik aan de hand van mijn toetsingskader (zie hoofdstuk 1.3.2.4) aan of Duitsland een rechtsregel (oplossing of benadering) heeft die aanbevelenswaardig is, of kan zijn, voor de vennootschapsbelasting ten aanzien van bovengenoemde discussiepunten.

7.4.1 Een wettelijke bepaling inzake de onzakelijke lening, een optie voor Nederland?

In beide landen is de onzakelijke leningleer in de VPB pas echt gaan leven vanaf 2008. Daar waar in Nederland de Hoge Raad de leer benadert vanuit de totaalwinstgedachte, moet in Duitsland de problematiek volgens de wetgever specifiek worden gezien vanuit het deelnemingsvrijstellingsregime (negatief voordeel uit een deelneming). De Duitse wetgever vindt namelijk dat kapitaalverstrekkingen en onzakelijke leningen verstrekt aan deelnemingen fiscaal gelijk moeten worden behandeld. De Duitse zienswijze dat de onzakelijke lening aan een gelieerd lichaam op één lijn gesteld moet worden met een kapitaalverstrekking aan een deelneming en ook als zodanig fiscaal hetzelfde behandeld

⁹⁵⁴ Daarbij wordt ook verwezen naar een onderzoek van het Bundesministerium der Finanzen, 'die gefühlte Steuerbelastung', Monatsbericht Februar 2010.

⁹⁵⁵ Zoals al vermeld in paragraaf 2 onderkent onze staatssecretaris dit laatste ook. Zie ook J.A.G. van der Geld, 'Continuïteit en vernieuwing' in de vennootschapsbelasting, TFO 2011/24.

moet worden⁹⁵⁶ vinden we ook terug in de Nederlandse literatuur.⁹⁵⁷ Hoewel de Hoge Raad zich zoals gezegd nog niet expliciet heeft uitgelaten over de vraag of de afwaardering op een onzakelijke lening fiscaal al dan niet gezien kan worden als een negatief voordeel uit een deelneming, lijkt dit mijns inziens niet voor de hand te liggen. Ik sluit mij aan bij de opmerking van Wattel in zijn conclusie van 31 mei 2012: *“deze benadering (het verlies moet als negatief voordeel uit een deelneming worden gezien) lijkt afgewezen in het aanmerkelijk-belangarrest HR BNB 2012/78, nu in die zaak geen negatief regulier voordeel uit aanmerkelijk belang werd aangenomen, en ook in het VPB-arrest HR BNB 2012/38, nu een regulier negatief voordeel uit een deelneming niet leidt tot verhoging van het voor die deelneming opgeofferde bedrag.”*⁹⁵⁸ Ook A-G Niessen komt tot de conclusie dat de totaalwinstgedachte in Nederland dragend is voor de onzakelijke lening jurisprudentie.⁹⁵⁹

Een onzakelijke lening is zowel in Nederland als in Duitsland een lening voor civiel- en fiscaalrechtelijke doeleinden. Opvallend is het verschil in hoofdregel in beide landen voor wat betreft de omgang met onzakelijke leningen. In Nederland is de hoofdregel dat een afwaardering van een gelieerde lening in beginsel ten laste van de Nederlandse winst mag worden gebracht, terwijl in Duitsland per 1 januari 2008 wettelijk in de *Körperschaftsteuer* is vastgelegd dat de hoofdregel is dat een afwaardering van een gelieerde lening *niet* ten laste van de winst mag worden gebracht. Onder gelieerdheid wordt voor het desbetreffend Duits wetsartikel een direct of indirect belang van meer dan 25% in het nominaal aandelenkapitaal verstaan. Gezien het feit dat de Duitse wetgever blijkens de parlementaire toelichting alleen deelnemingssituaties voor ogen had, is het opmerkelijk dat door het van toepassing zijnde begrip “nabij staande personen” de onzakelijke lening problematiek lijkt te kunnen worden uitgebreid naar leningen “omhoog” en leningen “opzij”. Hoewel het begrip gelieerdheid in Duitsland (ten aanzien van de onzakelijke leningleer) anders wordt uitgelegd dan in Nederland, kan mijns inziens geconcludeerd worden dat in beide landen de onzakelijke lening zich lijkt voor te kunnen doen bij leningen omlaag, omhoog en leningen opzij. In Nederland kan echter ook sprake zijn van een onzakelijke lening in situaties waarin het aandelenbelang lager is dan 25% en naar aanleiding van BNB 2015/141⁹⁶⁰ ook als dit de persoonlijke behoefte van de aandeelhouder bevredigt, dan wel een debiteurenrisico is aanvaard met de bedoeling het belang van de aandeelhouder te dienen.

Indien de gelieerde lening niet door een derde onder de gegeven omstandigheden en voorwaarden zou zijn verstrekt, leidt dit er in beide landen toe dat de afwaardering van de lening uiteindelijk niet aftrekbaar is van de winst. Een verschil is mijns inziens dat de bewijslast in Duitsland strenger lijkt dan in Nederland. In Duitsland is het de belastingplichtige die moet bewijzen dat een derde die lening ook zou hebben verstrekt. Een ander verschil is de mijns inziens starre interpretatie van de Duitse wetgever met betrekking tot een lening zonder zekerheden. In tegenstelling tot de Duitse Hoge Raad is de Duitse wetgever van mening dat een dergelijke lening per definitie als een onzakelijke lening moet worden aangemerkt. In Nederland heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het niet stellen van zekerheden, het niet overeenkomen van een aflossingsschema en het bedingen van een lage rente die wordt bijgeschreven niet zonder meer betekenen dat sprake is van onzakelijk handelen.⁹⁶¹ Het moment van toetsen (zijnde primair het moment van aangaan van de lening) is in beginsel in beide landen hetzelfde, zij het dat in Nederland min of meer continue getoetst moet worden of er nog

⁹⁵⁶ De Duitse wetgever lijkt overigens niet strak vast te houden aan de zienswijze dat het verlies gezien moet worden als een negatief voordeel uit een deelneming aangezien aangenomen moet worden dat door de uitbreiding van gelieerdheid met “nabij staande personen” ook leningen omhoog en opzij onder de betreffende regeling kunnen vallen, zie hoofdstuk 7.3.2.2.

⁹⁵⁷ Zie bijvoorbeeld Ligthart, De onzakelijke lening in de tbs-sfeer, wetgever grijp in, NTFR-B 2012/6, Albert in zijn noot bij HR 25 november 2011, nr. 08/05323 (BNB 2012/37) en Nieuwenboer, Onzakelijke leningen omlaag en totaalwinst: verzoening gewenst!, NTFR 2012/292.

⁹⁵⁸ Conclusie A-G Wattel 31 mei 2012, nr. 11/05166, punt 5.7.

⁹⁵⁹ Conclusie A-G Niessen, 17 augustus 2017, nr. 17/01191, V-N 2017/44.11. De Hoge Raad heeft de zienswijze van de A-G helaas niet expliciet bevestigd. De Hoge Raad verklaarde het beroep in cassatie van de belastingplichtige zonder nadere motivering ongegrond (HR 2 maart 2018, nr 17/01191).

⁹⁶⁰ HR 20 maart 2015, nr. 13/05470, BNB 2015/141.

⁹⁶¹ HR 13 januari 2012, nr. 10/03654, BNB 2012/79.

wel als een derde gehandeld wordt. In Duitsland moet op het moment dat er een *crisis* begint bij de debiteur opnieuw getoetst worden. Het begrip crisis is door de Duitse wetgever niet nader ingevuld. Een ander verschil tussen beide landen is de liquidatieverliesregeling. Daar waar het verlies op een onzakelijke lening in Nederland – in deelnemingssituaties – in ieder geval nog bij liquidatie van de debiteur in aanmerking genomen kan worden via de liquidatieverliesregeling (en in aanmerkelijk belangsituaties via de verhoging van de verkrijgingsprijs), is dat in Duitsland niet mogelijk. Een verlies op een onzakelijke lening is daar een verlies dat definitief niet ten laste van de winst kan komen.

Het rentepercentage speelt bij de onzakelijke leningleer in Nederland een belangrijke rol. Eerst om vast te stellen of sprake is van een zakelijke of onzakelijke lening en vervolgens indien sprake is van een onzakelijke lening bij de gehanteerde vuistregel van de Hoge Raad. In Duitsland wordt het rentepercentage niet gebruikt als corrigerende factor voor de vaststelling of sprake is van een zakelijke of onzakelijke lening. Indien onder gelijke omstandigheden een derde de lening alleen tegen een hoger rentepercentage had willen verstrekken, wordt fiscaal de rente niet gecorrigeerd, maar is er sprake van een onzakelijke lening. Dat het rentepercentage in Duitsland tot op heden niet gebruikt wordt als corrigerende factor kan wellicht verklaard worden door het feit dat in binnenlandse situaties het rentepercentage als zodanig niet gecorrigeerd wordt. Het verschil tussen de overeengekomen lagere rente en zakelijke rente wordt fiscaal afgewikkeld in de kapitaalsfeer, zonder dat dit – anders dan in Nederland gelet op art. 8b Wet VPB 1969 – invloed heeft op de winst.

De onzakelijke leningleer kan in Nederland zowel in de inkomstenbelasting als in de vennootschapsbelastingssfeer voorkomen en in grote lijnen zijn de voorwaarden en fiscale gevolgen voor natuurlijke personen en rechtspersonen in Nederland gelijk. Een regeling voor onzakelijke leningen zoals in de *Körperschaftsteuer* was er tot 1 januari 2015 niet voor natuurlijke personen of personenvennootschappen in de Duitse *Einkommensteuer*. Vanaf genoemde datum is een verlies op een onzakelijke lening verstrekt door een aandeelhouder/natuurlijk persoon ook niet aftrekbaar (zie de toegevoegde volzinnen twee en zes van §3c, Abs. 2 EStG).⁹⁶²

Op zich zou het wettelijk vastleggen van regels omtrent de onzakelijke lening kunnen leiden tot meer rechtszekerheid, waardoor beter aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader zou worden voldaan. De Duitse fiscale wettelijke regeling scoort mijns inziens echter niet beter ten aanzien van deze eis (door de vele openstaande wettelijke interpretatievragen is er nog steeds veel rechtsonzekerheid) en daarnaast ook onvoldoende ten aanzien van de andere toetsen uit mijn toetsingskader. Voor zover ik het kan overzien, zijn er in Duitsland tenminste net zo veel, zo niet meer en mijns inziens meer fundamentele openstaande vragen en kritiekpunten ten aanzien van de onzakelijke lening dan in Nederland. Het feit dat een lening aan een gelieerd lichaam wordt verstrekt in plaats van kapitaal, brengt met zich dat een eventueel verlies in beginsel (als hoofdregel) aftrekbaar zou moeten zijn op het niveau van de verstrekker. Dit is mijns inziens inherent aan het feit dat er tot op heden principieel een fiscaal onderscheid wordt gemaakt tussen eigen- en vreemd vermogen. Ik kan mij vinden in de in de Duitse literatuur opgeworpen kritiekpunten dat de Duitse wettelijke benadering een geforceerde vergelijking tracht te maken tussen kapitaalverstrekkingen en onzakelijke leningen aan gelieerde lichamen en daarmee een fundamentele inbreuk maakt op de huidige fiscale behandeling van vreemd vermogen. Het vaststellen van wanneer sprake is van een onzakelijke lening wordt in Duitsland niet consistent uitgevoerd. De wetgever heeft als ratio aangegeven dat de onzakelijke lening als deelnemingsverlies moet worden aangemerkt, maar de wettelijke uitwerking betreft ook niet-deelnemingssituaties. Dit leidt onder andere tot een mogelijke inbreuk op het *Nettoprinzip* (draagkrachtbeginsel en gelijkheidsbeginsel), omdat afwaarderingsverliezen dan onterecht niet in aanmerking kunnen worden genomen. Daarbij komt dat een verlies op een onzakelijke lening in Duitsland in deelnemingssituaties, door het ontbreken van een liquidatieverliesregeling, een verlies is dat definitief niet ten laste van de winst kan komen. Op dit punt lijkt mij de wettelijke invulling niet in overeenstemming met de ratio en wordt er in mindere mate voldaan aan de fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader. Daarnaast wordt door

⁹⁶² Ingevoerd door de Zollkodex-Anpassungsgesetz, BGBl I, blz. 2417. Zie hierover M. Weiss, Germany: The tax treatment of shareholder loans in Germany, IBFD 5/2015, 26 maart 2015.

de mogelijke inbreuk op het *Nettoprinzip* in mindere mate voldaan aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader.

Vanwege de vele openstaande vragen in beide landen en vooral het feit dat de vaststelling van een onzakelijke lening in beide landen maatwerk is, leidt dit zowel in Nederland als Duitsland tot onzekerheid en uitvoeringslasten bij belastingplichtige en de Belastingdienst (zij het in mindere mate bij de Duitse Belastingdienst door de bewijslastverdeling). De bewijslast is in Duitsland in mijn optiek onredelijk en onevenredig verdeeld ten nadele van de belastingplichtige en het is onduidelijk of en zo ja hoe belastingplichtige überhaupt aan de bewijslast kan voldoen. In vooral Duitsland wordt er mijns inziens op dit punt in mindere mate voldaan aan de fiscaal-beleidsanalytische toets (twijfel over de praktische uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van de regel) en de fiscaal-juridische toets (rechtszekerheid in geding) uit mijn toetsingskader.

Kortom, de Duitse wettelijke invulling van de onzakelijke leningleer past mijns inziens niet beter bij onze vennootschapsbelasting. De overwegingen hierboven en uit hoofdstuk 7.2.4.1 samenvattend ben ik van mening dat de Nederlandse wetgever wettelijk zou moeten ingrijpen en de belangrijkste kernelementen uit de onzakelijke leningjurisprudentie zou moeten vastleggen. Ik ben het eens met de door de rechter ontwikkelde methode voor *het vaststellen* (met het rentepercentage als corrigerende factor) van een onzakelijke lening. Dit aspect (dus inclusief het opnemen van de materiele voorwaarden wanneer er sprake is van een onzakelijke lening) zou de wetgever kunnen vastleggen in de wet. Vervolgens, als is vastgesteld dat er sprake is van een onzakelijke lening, zou de wetgever mijns inziens de desbetreffende lening moeten herkwalificeren naar kapitaal. Een dergelijke invulling past mijns inziens binnen de totaalwinstgedachte en leidt bovendien tot een wezenlijke vereenvoudiging voor de praktijk.

7.4.2 De Duitse EBITDA-regeling; een optie voor Nederland?

In zowel Nederland als Duitsland bestaat er een onderscheid in de fiscale behandeling van het verstrekken van kapitaal, respectievelijk een lening. Er is in beide landen geen vermogensaftrek mogelijk (zoals bijvoorbeeld voorgesteld in het CCTB-voorstel⁹⁶³) en er zijn ook geen plannen aangekondigd in die richting. In beide landen is de vergoeding op vreemd vermogen (rente) als hoofdregel aftrekbaar van de winst. In beide landen kan de rente echter in aftrek worden beperkt. In beide landen wordt er bij de renteaftrekbeperkingen geen strikt onderscheid gemaakt tussen derdeleningen, of groepsleningen. In tegenstelling tot de specifieke renteaftrekbeperkingen die Nederland hanteert, hanteert Duitsland een generieke renteaftrekbeperking.

Een generieke renteaftrekbeperking, zoals de earningsstrippingwetgeving heeft als groot voordeel zijn relatieve eenvoud.⁹⁶⁴ De voor de bepaling van de aftrek benodigde informatie – zoals het saldo van de te betalen en ontvangen rente en de EBITDA – zijn normaliter relatief eenvoudig uit de (fiscale) jaarrekening af te leiden. Verbondenheid tussen debiteur en crediteur, verband tussen schuld en rechtshandeling en/of zakelijke overwegingen zijn geen relevante grootheden. Hoewel de Duitse earningsstripping in de basis relatief eenvoudig is, is de praktijk wat weerbarstiger. In Duitsland is de wetgeving vooral complex op het gebied van de uitzonderingen en tegenbewijsregelingen. Dit raakt met name de fiscaal-beleidsanalytische (is de rechtsregel voldoende praktisch uitvoerbaar en handhaafbaar) en fiscaal-wetstechnische toets (de rechtsregel moet eenvoudig, duidelijk en toegankelijk zijn) uit mijn toetsingskader. Ten aanzien van de eenvoud merk ik op dat Duitsland ervoor heeft gekozen om het drempelbedrag vast te stellen op € 3.000.000.⁹⁶⁵

⁹⁶³ Zie hieromtrent ook J.L. van de Streek, De toekomst van de vermogensaftrek in de vennootschapsbelasting; principieel of praktisch?, FED 2018/22. Hij geeft onder meer aan dat de door de Europese Commissie voorgestelde vermogensaftrek niet principieel lijkt te zijn bedoeld, maar vooral is ingegeven als een stimuleringsmaatregel ten behoeve van het (Europese) vestigingsklimaat.

⁹⁶⁴ Zie ook M.G.H. van der Kroon en J. van Strien, Het streven naar grondslagverbreding: is earningsstripping de oplossing?, NTFR 2011/614.

⁹⁶⁵ Afhankelijk van de doelstelling van de earningsstrippingmaatregel kan men zich natuurlijk afvragen of de regeling nog wel voldoende effectief is bij een dergelijke hoge drempel of een fixed ratio van 30%. Zie

Hiermee wordt veelal voorkomen dat het MKB wordt getroffen door beperking van de renteaftrek. Het is de vraag of Nederland even "royaal" zal zijn in het vaststellen van het drempelbedrag. Dit is vooral afhankelijk van de budgettaire ruimte. Naarmate het drempelbedrag lager wordt gesteld, worden meer ondernemingen in potentie geraakt door deze wetgeving, hetgeen de uitvoeringslasten voor overheid en bedrijfsleven aanzienlijk doet toenemen.

Naast een vereenvoudiging, is een ander voordeel van invoering van (een Duitse variant van) earningsstripping dat de regeling effectief zou werken tegen het "Bosal-gat". Rente is immers slechts aftrekbaar indien er (voldoende) in Nederland belastbare winst wordt gerealiseerd. Deelnemingsresultaten leiden niet tot een hoger aftrekplafond, omdat bij het bepalen van de winst (EBITDA) deze resultaten buiten aanmerking blijven. Zoals in hoofdstuk 7.3.3.2 opgemerkt blijkt uit Duits onderzoek dat met name houdstervennootschappen getroffen worden.

Er zijn in Duitsland echter ook talloze kritiekpunten te vinden op de EBITDA-regeling. Eén van de voornaamste kritiekpunten is dat de EBITDA-regeling een generieke uitwerking heeft, geen onderscheid maakt tussen groepsrente en externe rente en ook van toepassing is op het moment dat er geen enkele aanleiding is om misbruik te veronderstellen.⁹⁶⁶ Een kritiekpunt betreft de inbreuk die de regeling maakt op het *Nettoprinzip*.⁹⁶⁷ Kosten (in casu rente-kosten) die normaal gesproken in aftrek komen omdat deze de draagkracht van een ondernemer verminderen, worden van aftrek uitgesloten. Het feit dat rente niet in aftrek komt bij de debiteur en mogelijk wel belast wordt bij de crediteur leidt tot een niet te rechtvaardigen economische dubbele belastingheffing. Aan de andere kant kan beargumenteerd worden dat uiteindelijk geen inbreuk wordt gemaakt op het *Nettoprinzip*, vanwege het feit dat de niet in aftrek komende rente kan worden doorgeschoven en dat er slechts sprake is van een tijdelijke verschil. De rente kan echter in Duitsland (voor een deel) wel definitief verloren gaan, bijvoorbeeld na een herstructurering. Het *Bundesfinanzhof* heeft zelfs geoordeeld dat de Duitse EBITDA-regeling mogelijk in strijd is met de grondwet (*verfassungswidrig*).⁹⁶⁸ Mogelijk is het *Nettoprinzip* (dat voortvloeit uit het gelijkheidsbeginsel en het daaruit voortvloeiende draagkrachtsbeginsel) in het geding. Het Duitse *Bundesverfassungsgericht* moet hier uiteindelijk uitspraak over doen. Het is uiteraard hoogst opmerkelijk dat de in hoofdstuk 7.2.4.2.4 besproken EBITDA-regeling uit de Antibelastingontwikkelingsrichtlijn in Duitsland in strijd zou zijn met de Duitse grondwet.⁹⁶⁹ De Duitse earningsstrippingmaatregel scoort wat dat betreft slecht ten aanzien van de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader.

Een ander belangrijk bezwaar van earningsstripping is de procyclische uitwerking. Commercieel verlieslijdende ondernemingen kunnen (afhankelijk van de technische invulling van de wetgeving) door earningsstrippingwetgeving in een situatie komen waarin fiscaal winst wordt gemaakt en er dus vennootschapsbelasting verschuldigd is. Dit geldt niet alleen voor vennootschappen die vrijgestelde deelnemingsbaten genieten, maar ook voor operationele ondernemingen. Het procyclische effect van de earningsstrippingmaatregel kan (voor een deel) worden tegengegaan door net zoals in Duitsland toe te laten dat het niet benutte EBITDA gedeelte van een bepaald jaar kan worden voortgewenteld naar volgende jaren. Tot slot kan als nadeel van een earningsstrippingmaatregel de

hierover ook P. Hoogterp, Voorkomen buitensporige renteaftrek in Action 4 en art. 4 ATAD, WFR 2017/147. De auteur pleit onder andere voor een zo laag mogelijke fixed ratio.

⁹⁶⁶ Vergelijk ook R. Eckhoff, Steuergerechtigkeit als verfassungsrechtliches und als steuerpolitisches Argument, StuW 3/2016, blz. 224. Hij merkt op dat §8a KStG, oorspronkelijk een antimisbruikbepaling, in de huidige vorm niets meer met misbruik van doen heeft.

⁹⁶⁷ Zie bijvoorbeeld W. Kessler/M.L. Dietrich, Die Zinsschranke nach dem WaBeschG - La dolce vita o il dolce far niente?, DB 2010, blz. 240 en M. Lenz/O.Dörfler, Die Zinsschranke im internationalen Vergleich, DB 2010, blz. 19.

⁹⁶⁸ Bundesfinanzhof, Entscheidung vom 14.10.2015, I R 20/15, gepubliceerd op 10 februari 2016.

⁹⁶⁹ Zie hierover ook A. Breuer, The Interest Limitation Rule of the Proposed EU Anti-Tax Avoidance Directive: A Violation of the German Constitution? Kluwerblog 2 maart, 2016; S. Lampert/T. Meickmann/M. Reinert, Germany: Article 4 of the EU Anti Tax Avoidance Directive in Light of the Questionable Constitutionality of the German "Interest Barrier" Rule, IBFD 2016/08/01 en H.T.P.M. van der Hurk/S.J.P. Ubachs, De EBITDA regel binnen OESO en EU-verband, een verstandige keus? (deel II), WFR 2016/238, paragraaf 2.1.

onvoorspelbaarheid worden genoemd. De aftrekbaarheid van rente hangt af van de winst, zodat ondernemingen pas na afloop van een boekjaar weten of en in hoeverre rente aftrekbaar is. Indien rente – naar achteraf blijkt – niet aftrekbaar is, betekent dit een aanzienlijke stijging van de effectieve vennootschapsbelastingdruk. Het spreekt voor zich dat investeerders/ondernemers niet gelukkig zijn met deze onzekerheid en de voorkeur geven aan maatregelen waarvan de effecten reeds vooraf bekend zijn.

Nu de Antibelastingontwikklingsrichtlijn op 21 juni 2016 is aangenomen, met daarin een EBITDA-regeling is het niet meer de vraag of het aanbevelenswaardig is om een EBTIDA-regeling in de Nederlandse vennootschapsbelasting op te nemen. Nederland is immers op grond van (secundair) EU-recht verplicht deze te implementeren. De vraag die mijns inziens naar voren komt, is wat Nederland doet met de opgedane ervaringen in Duitsland wat betreft de invulling van de EBITDA-regeling. Zoals in hoofdstuk 7.2.4.2.4 is weergegeven blijkt dat de Nederlandse regering een strikte earningsstrippingmaatregel wil invoeren en verder wil gaan dan de bepalingen die in Antibelastingontwikklingsrichtlijn zijn voorgeschreven. Zo wil de regering een MKB-drempel van (slechts) € 1.000.000 invoeren (een drempelbedrag dat Duitsland besloot te verhogen, omdat er daardoor teveel belastingplichtigen (ongewenst) onder de earningsstrippingmaatregel vielen) en geen zogenoemde groepsuitzondering. Dit laatste beargumenteert de staatssecretaris door er op te wijzen dat op deze manier een meer gelijke behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen bij alle vennootschapsbelastingplichtigen wordt nagestreefd. Op zich juich ik een fundamentele aanpak van het opheffen van het fiscale onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen toe. Mijns inziens is echter het niet invoeren van een groepsuitzondering omwille van het nastreven van een gelijke behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen een doelredenering en niet zozeer een principiële gedachte van het kabinet. Van een gelijkstelling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen is in de verste verte geen sprake. Wel merk ik op dat uit de Duitse ervaringen blijkt dat het hanteren van een groepsuitzondering bijzonder complex is in de uitvoerings sfeer. Vanuit dat oogpunt lijkt het dus verstandig dat de Nederlandse regering geen groepsuitzondering invoert (vergelijk ook de fiscaal-wetstechnische toets uit mijn toetsingskader). Wat betreft de procyclische werking van de earningsstrippingmaatregel zou Nederland nog een voorbeeld kunnen nemen aan Duitsland, die om deze procyclische werking te mitigeren (naast een verhoging van de drempel van € 1 miljoen naar € 3 miljoen) een mogelijkheid heeft ingevoerd niet-benutte EBITDA vijf jaar door te schuiven. Hoewel in Nederland niet getoetst kan worden aan de grondwet (zie hoofdstuk 2.9.2.1), zou Nederland er mijns inziens goed aan doen de grondwettelijke toetsing van de earningsstrippingregeling in Duitsland (zie hoofdstuk 7.3.3.2) nauwlettend in de gaten te houden.

Wat betreft de door de Antibelastingsontwikklingsrichtlijn toegestane optie-mogelijkheden zou ik in het licht van de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader echter voor ruime escape- en tegenbewijsmogelijkheden kiezen. Uitgaande van het bestaande fiscale onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen zijn rentekosten in beginsel kosten die daadwerkelijk op de onderneming drukken en als hoofdregel aftrekbaar zouden moeten zijn. Daarbij past het dat er alleen in uitzonderingsgevallen (bijvoorbeeld misbruik) rente in aftrek wordt beperkt.⁹⁷⁰ Ook in het licht van het behoud van een aantrekkelijk vestigingsklimaat (internationale/Europese fiscale ontwikkelingentoets uit mijn toetsingskader) zou de keuze voor ruime escape- en tegenbewijsmogelijkheden verstandig zijn.

Naast de vormgeving van de earningsstrippingmaatregel zelf komt de vraag op wat Nederland moet doen met de huidige (specifieke) renteaftrekbepalingen. Duitsland kent naast een earningsstrippingmaatregel (die bij de groepsescape wel rekening houdt met leningen van aandeelhouders, zie hoofdstuk 7.3.3.2) geen enkele andere renteaftrekbepaling in de *Körperschaftsteuer*. Mede daardoor geïnspireerd is mijn aanbeveling dat Nederland zoveel mogelijk de huidige specifieke renteaftrekbepalingen schrapt. Daardoor zou ons fiscale stelsel in grote mate vereenvoudigd worden (vergelijk de fiscaal-wetstechnische toets uit mijn toetsingskader). Art. 8c (de kern/ratio van de bepaling, namelijk dat een lichaam voldoende substance moet hebben, zou in een

⁹⁷⁰ Het zou mijns inziens nog zinvoller zijn geweest dat in de Antibelastingontwikklingsrichtlijn een tegenbewijsregeling zou zijn opgenomen die er voor zorgt dat de rente alsnog aftrekbaar is als de rente voldoende belast wordt bij de crediteur.

ander artikel neergelegd kunnen worden), art. 10b, art. 13l en art. 15ad Wet VPB 1969 zouden mijns inziens geschrapt kunnen worden bij invoering van een generieke EBITDA-regeling. Ik ben van mening dat het huidige art. 10a Wet VPB 1969 zich wel laat combineren met een EBITDA-regeling. Er zou ook gekozen kunnen worden om art. 10a Wet VPB 1969 te schrappen en terug te vallen op *fraus-legisjurisprudentie*.⁹⁷¹ Mijns inziens zou dit echter kunnen leiden tot een veel grotere (toekomstige) onzekerheid, aangezien er inmiddels al wel bijna twintig jaar aan art. 10a ervaring en jurisprudentie is verzameld. Terugvallen op *fraus legis* zou mijns inziens dus betekenen dat er in mindere mate wordt voldaan aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader.

7.4.3 Schematisch overzicht huidige overeenkomsten en verschillen

	Nederland	Duitsland
Onderscheid fiscale behandeling in EV en VV	Ja, EV kapitaalsfeer en VV winstsfeer	Ja, EV kapitaalsfeer en VV winstsfeer
Kwalificatie geldverstrekking	Hybride vermogensvormen mogelijk; Kwalificatie bepaalt door de rechter	Hybride vermogensvormen mogelijk; Kwalificatie bepaalt door de rechter
Onzakelijke lening	Leerstuk is ingevuld en ontwikkeld door de rechter	Leerstuk is ingevuld en ontwikkeld door de wetgever
<i>hoofdregel</i>	Afwaarderingsverlies in beginsel aftrekbaar	Afwaarderingsverlies in beginsel niet aftrekbaar in geval van een verstrekt lening aan een <i>Gesellschafter nahe-stehende Personen (belang 25%)</i>
<i>tenzij</i>	Een derde dezelfde lening onder gelijke feiten en omstandigheden niet had verstrekt.	Belastingplichtige kan aantonen dat een derde de lening ook zou hebben verstrekt.
Renteaftrekbeperkingen	Specifieke renteaftrekbeperkingen Art. 10a, 10b, 13l, 15ad	Generieke renteaftrekbeperking §4h EStG, §8a KStG (EBITDA regeling)

⁹⁷¹ Bijvoorbeeld Stevens is van mening dat art. 10a afgeschaft kan worden, omdat het benutten van elders in het concern geleden verliezen niet anti-fiscaal is en de generieke aftrekbeperking dan voldoende waarborgen lijkt te bieden tegen excessieve renteaftrek. Met name als de generieke regeling in beginsel ook geldt voor rente die verschuldigd is aan niet-verbonden lichamen. Zie S.A. Stevens, De toekomst van de renteaftrek in de vennootschapsbelasting, TFO 2017/150.4.

8 Deelnemingsvrijstelling

8.1 Inleiding

In dit hoofdstuk onderzoek ik de deelnemingsvrijstelling in Nederland en Duitsland. In hoofdstuk 8.2 behandel ik de Nederlandse deelnemingsvrijstelling. Ik begin in hoofdstuk 8.2.1 en 8.2.2 met de historische ontwikkeling en ratio. De huidige voorwaarden voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling behandel ik in hoofdstuk 8.2.3 en het begrip voordelen uit hoofde van de deelneming in hoofdstuk 8.2.4. In hoofdstuk 8.2.5 zal ik ingaan op het leerstuk van compartimentering in de deelnemingsvrijstelling. Dit leerstuk kreeg de afgelopen jaren volop de aandacht, omdat – na een in de ogen van de staatssecretaris onwenselijk arrest van de Hoge Raad – de Nederlandse wetgever besloot om compartimentering wettelijk te regelen. Naar aanleiding van deze uiteenzetting behandel ik in hoofdstuk 8.2.6 de mijns inziens meest relevante discussiepunten in Nederland, zijnde de discussie rondom de rechtsgrondslag van de deelnemingsvrijstelling en toepassing van de gedetailleerde wettelijke invulling van de compartimenteringsleer. Deze discussiepunten analyseer ik in het licht van mijn in hoofdstuk 1.3.2.4 opgestelde toetsingskader. Ook Duitsland kent het leerstuk van de deelnemingsvrijstelling. In hoofdstuk 8.3 behandel ik de deelnemingsvrijstelling (ook wel *Schachtelprivileg* genoemd) in de *Körperschaftsteuer*. Daar waar relevant, zal ik ook ingaan op de deelnemingsvrijstelling in de *Gewerbesteuer*. Bij de behandeling van het Duitse deelnemingsvrijstellingsregime zal in principe eenzelfde paragraafindeling worden gehanteerd als bij de Nederlandse uiteenzetting. Het onderzoek naar de systematiek en invulling van de deelnemingsvrijstelling en compartimenteringsleer in Duitsland heeft als doel om een analyse te kunnen maken hoe Duitsland met de in hoofdstuk 8.2.6 benoemde (Nederlandse) discussiepunten omgaat en of aldaar rechtsregels of ontwikkelingen ten aanzien van deze discussiepunten aanbevelenswaardig voor Nederland zouden kunnen zijn. Dit toets ik wederom aan de hand van mijn in hoofdstuk 1.3.2.4 opgestelde toetsingskader.

In dit hoofdstuk zal ik verder niet of nauwelijks ingaan op de samenloop van de deelnemingsvrijstelling met andere leerstukken (zoals fusie en splitsing of het fiscale eenheidsregime). Ook zal ik niet expliciet ingaan op vaste inrichting problematiek of voorkoming van dubbele belasting onder verdragen (verdragsbeleid) in beide landen.

Bij de toepassing van de deelnemingsvrijstelling is niet alleen het Nederlandse en/of Duitse nationaal recht van belang. In beide landen moet de regelgeving omtrent de deelnemingsvrijstelling in overeenstemming zijn met de op 23 juli 1990 door de Europese lidstaten aangenomen Moeder-dochterrichtlijn (EG-richtlijn 90/435/EEG). Vandaar dat ik hieronder in het kort de historie en ratio van de Moeder-dochterrichtlijn weergeef.

8.1.1 Moeder-dochterrichtlijn⁹⁷²

Op grond van de Moeder-dochterrichtlijn mogen (onder voorwaarden) winstuitkeringen op het niveau van de dochtermaatschappij niet aan dividendbelasting en winstuitkeringen van de dochtermaatschappij op het niveau van de moedermaatschappij niet aan een winstbelasting worden onderworpen. De Richtlijn laat enige ruimte omtrent de voorkoming in die zin dat een lidstaat kan kiezen om de door de dochtermaatschappij uitgekeerde winst vrij te stellen (vrijstellingsmethode, art. 4 lid 1a Moeder-dochterrichtlijn), of er voor kan kiezen om de uitgekeerde winst te belasten en aan de moedermaatschappij een verrekening te verlenen van de in de vestigingsstaat van de dochtermaatschappij over de winstuitkering verschuldigde belasting (verrekeningsmethode, art. 4 lid 1b Moeder-dochterrichtlijn). Op grond van de Moeder-dochterrichtlijn is het de lidstaten toegestaan een bezitseis te hanteren van maximaal 10% en een minimale bezitsduur van een ononderbroken periode van twee jaar (art. 3 lid 1a en lid 2b Moeder-dochterrichtlijn). Daarnaast bepaalt de Moeder-dochterrichtlijn dat het de lidstaten vrij staat om een bruto- of nettovrijstelling te hanteren, waarbij de kosten ook forfaitair mogen worden bepaald op (maximaal) 5% van de winstuitkering (art. 4 lid 3 Moeder-dochterrichtlijn).

⁹⁷² Voor een historische uiteenzetting van de Moeder-dochterrichtlijn verwijs ik ook naar de Cursus Belastingrecht, 13 april 2016, Onderdeel EBR 7.1.1.

Bij Richtlijn 2003/123/EEG van 22 december 2003 is de Moeder-dochterrichtlijn op diverse punten aangepast, waaronder de hierboven genoemde bezitseis die over een aantal jaren verlaagd werd naar 10%.

Op 30 november 2011 is de Moeder-dochterrichtlijn (2011/96/EU) geactualiseerd, zonder dat daarbij inhoudelijk iets is gewijzigd. Op 25 juli 2014 is Richtlijn 2014/86/EU vastgesteld en daarbij ging het wel om een inhoudelijke wijziging, namelijk hoe omgegaan moet worden met hybride financieringsinstrumenten. In de Richtlijn is opgenomen dat een lidstaat af moet zien (of "mag afzien")⁹⁷³ van het verlenen van een vrijstelling indien de betaling bij de dochtervennootschap ten laste van de winst kan worden gebracht. De Richtlijn is op 27 januari 2015 (2015/121/EU) voor het laatst gewijzigd. Bij deze wijziging is een algemene antimisbruikbepaling opgenomen.⁹⁷⁴ In dit hoofdstuk zal duidelijk worden op welke wijze beide landen hun wetgeving in overeenstemming hebben gebracht met de Moeder-dochterrichtlijn. Een integrale toetsing of nationale wetgeving wel geheel voldoet aan de Richtlijn, of aan primair Europese recht valt buiten het bestek van mijn onderzoek.

8.2 Nederland

8.2.1 Historische ontwikkeling⁹⁷⁵

In Nederland is de eerste vorm van een deelnemingsvrijstelling terug te vinden in de Wet op de bedrijfsbelasting van 1893. De vennootschapsbelasting was toentertijd een uitdelingsbelasting en de van toepassing zijnde deelnemingsvrijstelling zorgde er voor dat het door de moedermaatschappij verkregen dividend bij een dividenduitkering door de moedermaatschappij zelf in mindering mocht worden gebracht. De voorwaarden voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling en de grootte van de vrijstelling werden in de periode 1893 tot en met 1940 een aantal keren aangepast, maar de kern bleef hetzelfde. In het besluit Winstbelasting 1940 werden de winsten van lichamen voor het eerst belast door een winstbelasting. Tegelijkertijd werd een ruime deelnemingsvrijstelling geïntroduceerd, die zowel van toepassing was op binnenlandse als buitenlandse vennootschappen (ongeacht de grootte van het aandelenbezit) en op zowel dividenden als koerswinsten. Wel gold de vrijstelling in buitenlandse verhouding voor slechts 90% en was de deelnemingsvrijstelling vorm gegeven als een nettovrijstelling. Dit laatste hield in dat de vrijstelling van toepassing was op de voordelen van een deelneming verminderd met de - met de deelneming - samenhangende kosten en rente.

In het besluit VPB 1942 werd de deelnemingsvrijstelling sterk ingeperkt. Als voorwaarde voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling werd een 25% minimum bezitseis ingevoerd en de deelnemingsvrijstelling gold alleen voor dividenden voor zover deze niet in mindering waren gebracht op de fiscale boekwaarde van de deelneming. Reden hiervoor is dat het besluit VPB 1942 als gevolg van de bezetting sterk onder invloed stond van het Duitse recht en Duitsland het beginsel hanteerde dat een lichaam op dezelfde manier diende te worden behandeld als een natuurlijk persoon. Opbrengsten van aandelen werden toentertijd ten volle belast met inkomstenbelasting en in beginsel zou hetzelfde moeten gelden voor lichamen. Een vrijstelling voor deelnemingsvoordelen werd door de wetgever gezien als een inbreuk op de antropomorfe benadering. Aangezien deelnemen in andere ondernemingen typisch een activiteit is voor lichamen, werd voor lichamen in de ogen van de wetgever een gunstige uitzondering gemaakt.⁹⁷⁶

Vanaf 1970 (in de wet VPB 1969) werd grotendeels teruggekeerd naar het systeem dat tijdens het Besluit Winstbelasting 1940 bestond, dus een vrijstelling voor zowel genoten dividend als behaalde koerswinsten. Wel werd er in de Wet VPB 1969 een principieel onderscheid gemaakt tussen

⁹⁷³ Zie hieromtrent Cursus Belastingrecht, 13 april 2016, Onderdeel EBR 7.1.1.

⁹⁷⁴ Zie hieromtrent M.E. Lukkien, Beschouwingen inzake de Nederlandse implementatie van de verplichte algemene antimisbruikbepaling in de Moederdochterrichtlijn, MBB 2016/02.

⁹⁷⁵ Voor een historische uiteenzetting van de deelnemingsvrijstelling verwijs ik naar J.A.G. van der Geld, De deelnemingsvrijstelling, FM nr. 20, 3^e druk, Kluwer, 2011, paragraaf 2.2.

⁹⁷⁶ Zie paragraaf 10 lid 5, leidraad bij het Besluit VPB 1942.

deelnemen en beleggen.⁹⁷⁷ De wetgever heeft historisch gezien de samenloop tussen de deelnemingsvrijstelling en het fiscale beleggingsinstellingregime uitdrukkelijk in de wet geregeld. Een beleggingsinstelling kan de deelnemingsvrijstelling niet toepassen en een belang in een fiscale beleggingsinstelling kwalificeert niet als deelneming. Om belastingvlucht te voorkomen naar het buitenland werd naar soortgelijke eisen gezocht voor buitenlandse beleggingsinstellingen. Het onderscheid tussen ondernemen en beleggen werd enerzijds vormgegeven door invoering van een kwantitatief criterium. De deelnemingsvrijstelling was van toepassing op voordelen uit een deelneming mits een belang gehouden werd van ten minste 5%. Een pakket van minder dan 5% werd onder voorwaarden soms ook als deelneming aangemerkt (ook wel oneigenlijke deelneming genoemd). Daarnaast werd voor buitenlandse deelnemingen een (aanvullende) niet-ter-beleggingseis ingevoerd. Ook werd de liquidatieverliesregeling (art. 13d Wet VPB 1969) geïntroduceerd.

Vanaf begin jaren negentig van de vorige eeuw is de deelnemingsvrijstelling een aantal keren aangepast.⁹⁷⁸ Reden voor deze aanpassingen waren, kort samengevat, Europeesrechtelijke ontwikkelingen (aanpassing aan Moeder-dochterrichtlijn en overig EU-recht) en het anticiperen van de wetgever op (potentieel) oneigenlijk of onbedoeld gebruik van de deelnemingsvrijstelling. De wijzigingen hebben ertoe geleid dat de regeling van de deelnemingsvrijstelling die ooit in één handzaam artikel was geformuleerd, geworden is tot een uitgebreide lappendeken aan bepalingen.⁹⁷⁹

Vanaf 1 januari 2007 past Nederland het verrekeningsstelsel toe ten aanzien van voordelen verkregen uit laagbelaste beleggingsdeelnemingen, een term die in 2010 werd omgedoopt in niet-kwalificerende deelnemingen. Ik ben het met Van der Geld eens dat dit niet betekent dat Nederland principieel de vrijstellingsmethode heeft verlaten, maar dat slechts een andere vormgeving is gekozen voor het bestrijden van belastingvlucht van mobiel kapitaal.⁹⁸⁰

Historisch gezien is de deelnemingsvrijstelling in internationaal verband zeer van belang. Nederland is door de combinatie van de deelnemingsvrijstelling en het uitgebreide Nederlandse netwerk van belastingverdragen met daarin geen of geringe bronbelastingen op uitgaande dividenden, renten en royalty's aantrekkelijk als vestigingsland. De toepassing van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling bewerkstelligt namelijk dat de belastingdruk op de winst van een buitenlandse dochtermaatschappij in beginsel slechts wordt bepaald door de belastingdruk van het land waar deze dochtermaatschappij gevestigd is. Buitenlandse dochtermaatschappijen van Nederlandse vennootschappen kunnen hierdoor op buitenlandse markten op grond van een gelijkwaardige fiscale positie concurreren.

8.2.2 Ratio

Zoals al in hoofdstuk 2.3.3 toegelicht, vormt het leerstuk van de deelnemingsvrijstelling één van de belangrijkste regelingen van het fiscale concernrecht. Concernvorming zou zonder de deelnemingsvrijstelling fiscaal zeer worden ontmoedigd, omdat elke laag binnen een concern immers extra vennootschapsbelasting zou oproepen. Verburg geeft aan dat de deelnemingsvrijstelling het ontstaan van een cascadestelsel van vennootschapsbelasting voorkomt en ondernemende lichamen

⁹⁷⁷ Voor een uitgebreide en historische uiteenzetting van het beleggingsbegrip in de deelnemingsvrijstelling verwijs ik naar H.A.P.J. te Niet, Het beleggingsbegrip in de directe belastingen, FM 125, Kluwer, 2007, paragraaf 5.2 e.v.

⁹⁷⁸ Zie voor een overzicht van de wijzigingen vanaf de begin jaren negentig P.G.H. Albert, Deelnemingsvrijstelling, Fiscale Geschriften nr. 28, SDU, 2^e druk, 2015, paragraaf 1.5.

⁹⁷⁹ Verburg merkte in het jaar 2000 reeds op dat niet minder dan negen wetsartikelen nodig zijn om de oogmerken met betrekking tot de deelnemingsvrijstelling te verwezenlijken. J. Verburg, Vennootschapsbelasting, Fiscale Handboeken nr. 4, 2^e druk, Kluwer, 2000, paragraaf 13.1. Het zijn er inmiddels elf (stand 1 mei 2017) en het aantal leden per wetsartikel is in de loop der jaren ook flink toegenomen. Overigens ga ik in mijn onderzoek niet expliciet in op de gedetailleerde bepalingen van art. 13a, 13b, 13ba, 13c, 13d, 13e, 13f, 13h, 13i, 13k Wet VPB 1969.

⁹⁸⁰ J.A.G. van der Geld, De deelnemingsvrijstelling, FM 20, 3^e druk, Kluwer, 2011, blz. 65.

in staat stelt tot het verwezenlijken van een zekere mate van concernopbouw.⁹⁸¹ Over het algemeen wordt aangenomen dat de strekking van de deelnemingsvrijstelling in de binnenlandse verhouding een andere is dan in de buitenlandse.⁹⁸² In de binnenlandse verhouding is de strekking voorkoming van dubbele heffing binnen de sfeer van lichamen en in de buitenlandse verhouding voorkoming van internationale dubbele belasting (in combinatie met kapitaalimportneutraliteit). In gevallen wanneer er sprake is van passieve inkomsten (laagbelaste beleggingsinkomsten) past Nederland een verrekeningsmethode toe.

8.2.2.1 Binnenlandse deelnemingen

Er komen stevast twee rechtvaardigingsgronden naar voren ten aanzien van de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op binnenlandse deelnemingen, te weten het ne-bis-in-idem beginsel en de verlengstukgedachte. Het ne-bis-in-idem beginsel houdt in dat in een deelnemingsverhouding dezelfde winst niet tweemaal in een belasting naar de winst wordt betrokken.⁹⁸³ Er wordt volstaan met eenmaal heffing in de vennootschapsbelasting en wel op het – in een keten van vennootschappen laagste – niveau van de dochtervennootschap.⁹⁸⁴

Bij de verlengstukgedachte wordt de meervoudige heffing van de winstbelasting als ongewenst gezien indien de dochtermaatschappij als een verlengstuk van de moedermaatschappij kan worden beschouwd.⁹⁸⁵ In de literatuur is druk gediscussieerd welke rechtvaardigingsgrond nu sterker naar voren komt en of beide elkaar uitsluiten. In hoofdstuk 8.2.6 ga ik hier nader op in.

8.2.2.2 Buitenlandse deelnemingen (voorkoming dubbele belasting)

De rechtsgrondslag van de deelnemingsvrijstelling bij buitenlandse deelnemingen moet meer vanuit het internationale belastingrecht worden bekeken.⁹⁸⁶ De toepassing van het ne-bis-in-idem beginsel in internationaal verband bewerkstelligt dat de belastingdruk op de winst van een buitenlandse dochtermaatschappij slechts wordt bepaald door de belastingdruk van het land waar de dochtermaatschappij is gevestigd. De meest voorkomende methoden die landen hanteren om economisch dubbele belasting⁹⁸⁷ te voorkomen zijn de verrekeningsmethode of de vrijstellingsmethode.

Bij een verrekeningsmethode wordt uitgegaan van kapitaalexportneutraliteit. Dit betekent dat de winst van een in het buitenland gevestigde dochter bij uitkering ten volle wordt belast in het land waar de moedermaatschappij is gevestigd. De moedermaatschappij kan de in het buitenland geheven belasting bij de dochter in mindering brengen (verrekenen) op (met) de door haar - over het wereldinkomen - verschuldigde belasting.

⁹⁸¹ J. Verburg, Vennootschapsbelasting, Fiscale Handboeken nr. 4, 2^e druk, Kluwer, 2000, paragraaf 12.2.

⁹⁸² J.H. Christiaanse, Deelnemingsvrijstelling en Holdings, Belastingconsulentendag nr. 20, FED BV, 1975, blz. 10 en J.A.G. van der Geld, De herziene deelnemingsvrijstelling, FM nr. 20, Kluwer, 1990, blz. 64.

⁹⁸³ Snel formuleert het ne-bis-in-idem beginsel als het te allen tijde voorkomen van een cumulatie van vennootschapbelasting. F.P.J. Snel, Van moeders en dochters, systemen ter voorkoming van cumulatie van vennootschapstax in deelnemingssituaties, SDU Amersfoort, 2005, blz. 60.

⁹⁸⁴ Zie ook de regeringsnota van 27 juli 1960 (blz. 15), waarin staat dat de deelnemingsvrijstelling ten doel heeft in de deelnemingsverhouding te voorkomen dat eenzelfde bedrijfsresultaat tweemaal in de vennootschapsbelasting wordt betrokken. Zie ook de toelichting in Kamerstukken II, 1959-1960, 6000, nr. 3, blz. 12 en 13 en in Kamerstukken II, 2009-2010, 32129, nr. 3, blz. 15. Zie ook F.P.J. Snel, De ratio van de deelnemingsvrijstelling, de evenwichtsgedachte en het veroorzakingsbeginsel en schadevergoedingen, NTFR-A 2014/24, paragraaf 2. In hoofdstuk 8.2.6 ga ik hier nog nader op in.

⁹⁸⁵ Snel geeft aan dat de verlengstukgedachte staat voor slechts dan voorkomen van vennootschapsbelasting indien er sprake is van een verdergaande relatie tussen beide vennootschappen dan die tussen een gewone minderheidsaandeelhouder en de vennootschap. F.P.J. Snel, Van moeders en dochters, systemen ter voorkoming van cumulatie van vennootschapstax in deelnemingssituaties, SDU Amersfoort, 2005, blz. 60.

⁹⁸⁶ Vergelijk ook J.A.G. van der Geld, De deelnemingsvrijstelling, FM nr. 20, 3^e druk 2011, blz. 65.

⁹⁸⁷ Er is sprake van economische dubbele belasting ingeval één object (winst) bij twee subjecten (lichamen) wordt belast. Er is sprake van juridische dubbele belasting indien één object (winst), bij één subject (lichaam) wordt belast door twee belastingheffers (twee afzonderlijke staten, of lagere en hogere overheid).

Bij een vrijstellingsmethode – zoals die door Nederland (van oudsher) wordt toegepast – wordt uitgegaan van kapitaalimportneutraliteit. Dit betekent dat de winst wordt vrijgesteld en dat de belastingdruk van de al eerder geheven vennootschapsbelasting bepalend is. Nederland streeft er al vanaf het begin van de 19^e eeuw naar om een buitenlandse deelneming zo veel mogelijk gelijk te behandelen als een buitenlandse vaste inrichting, ondanks het verschil in juridische status.⁹⁸⁸ In zowel de situatie dat een lichaam een vaste inrichting heeft of een deelneming is het eindresultaat dat slechts eenmaal belasting wordt geheven (in de bronstaat).

8.2.3 De huidige voorwaarden

De deelnemingsvrijstelling is neergelegd in art. 13 Wet VPB 1969. De hoofdregel is dat bij het bepalen van de winst van een moedermaatschappij alle voordelen uit hoofde van een deelneming in een kwalificerende dochtermaatschappij worden vrijgesteld. De deelnemingsvrijstelling is een imperatieve regeling, dat wil zeggen dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is als aan de voorwaarden wordt voldaan. Vanaf 2007 worden voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling geen strengere eisen meer gesteld aan de buitenlandse deelneming. Voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling geldt sindsdien een drietal voorwaarden. De deelnemingsvrijstelling is van toepassing op het moment:

- dat er sprake is van een belang van ten minste 5% in het nominale gestorte aandelenkapitaal,⁹⁸⁹
- geen sprake is van een deelneming die als voorraad wordt gehouden en
- geen sprake is van een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming. Er is sprake van een kwalificerende beleggingsdeelneming op het moment dat voldaan wordt aan (i) de oogmerktoets, (ii) de bezittingentoets, of (iii) de onderworpenheidstoets.

Volledigheidshalve wijs ik ook op het voor de praktijk belangrijke besluit van 20 januari 2017⁹⁹⁰, waarin diverse standpunten van de staatssecretaris zijn uitgewerkt.

8.2.3.1 *Kwalificerende moeder-dochterverhouding en 5%-eis*

Voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling dient er sprake te zijn van een kwalificerende moeder-dochterverhouding die ook van voldoende omvang is. Als moedermaatschappij kunnen alle lichamen die vennootschapsbelastingplichtig zijn in Nederland de deelnemingsvrijstelling toepassen, met uitzondering van fiscale beleggingsinstellingen (art. 13 lid 8 Wet VPB 1969).⁹⁹¹

Als dochtermaatschappij moet het gaan om deelnemingen in vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal, open fondsen voor gemene rekening, een coöperatie of vereniging op coöperatieve grondslag dan wel om een commanditaire deelname in een open commanditaire vennootschap (art. 13 lid 2 Wet VPB 1969).

Voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling moet de moedermaatschappij in principe ten minste 5% van het nominaal gestort kapitaal van de dochtermaatschappij bezitten. De 5%-eis vindt zijn oorsprong in het verschil tussen deelnemen enerzijds en beleggen anderzijds.⁹⁹² Bij deelnemen wordt een grotere betrokkenheid bij de in de dochtervennootschap gedreven onderneming verondersteld.

⁹⁸⁸ Kamerstukken II, 1959-1960, 6000, nr. 3, blz. 13. aangehaald door D. Juch, Deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting, FED 1974, blz. 17 en blz. 54. Voor een vergelijking van de deelneming en vaste inrichting zie Q.W.J.C.H. Kok, De objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten vergeleken met de deelnemingsvrijstelling, TFO 2013/128.

⁹⁸⁹ Zie art. 13 lid 2 Wet VPB 1969. In EU verband kan onder voorwaarden een bezit van minimaal 5% van de stemrechten ook voldoende zijn voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling (art. 13 lid 3 Wet VPB 1969).

⁹⁹⁰ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 20 januari 2017, nr. BLKB2016/803M, Stcrt. 2017, 5003, V-N 2017/16.2.

⁹⁹¹ Het is mijns inziens opvallend dat het kabinet een onderzoek heeft aangekondigd (in de loop van 2020) of de deelnemingsvrijstelling zodanig kan worden gewijzigd dat deze niet meer hoeft te worden toegepast als de aanwezigheid van een concern in Nederland zich beperkt tot één of meerdere nagenoeg 'substanteloze' (tussen)houdsters. Brief van de Staatssecretaris van Financiën, 23 februari 2018, Aanpak belastingontwijking en ontduiking, kenmerk 2018-0000026987, V-N 2018/14.2.

⁹⁹² Kamerstukken II, 1959-1960, 6000, nr. 3, blz. 13.

Deze betrokkenheid wordt niet aanwezig geacht bij beleggen en er is volgens de wetgever derhalve geen reden om beleggingen in aandelen anders te behandelen dan beleggingen in bijvoorbeeld onroerende zaken of obligaties. Vanaf 1 januari 2007 is de bezitser - om eenvoudsredenen - verworpen tot een harde eis en is toepassing van de deelnemingsvrijstelling ten aanzien van de zogenoemde deelneming-door-gelijkstelling niet meer mogelijk.⁹⁹³

Art. 13 lid 4 en 5 Wet VPB 1969 bevat een tweetal uitbreidingen van het deelnemingsbegrip, te weten de meeslepregeling die geldt voor winstbewijzen en voor schuldvorderingen die bij de schuldenaars feitelijk functioneren als eigen vermogen ex art. 10 lid 1d Wet VPB 1969, alsmede de meetrekregeling die van toepassing is op belangen in een deelneming van een verbonden lichaam. Daarnaast is in art. 13 lid 16 Wet VPB 1969 een regeling opgenomen voor zogenoemde aflopende deelnemingen. Een aflopende deelneming is een belang waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing was, maar dat bijvoorbeeld door een gedeeltelijke vervreemding of door een verwatering van het belang niet meer voldoet aan het vereiste van ten minste 5%. De regeling houdt in dat, ondanks het ontbreken van een kwalificerend belang, de deelnemingsvrijstelling nog gedurende een periode van drie jaar van toepassing is. Deze driejaarsperiode vangt aan op het moment dat het belang onder de 5% is gezakt. Voorwaarde is wel dat de belastingplichtige het belang in de deelneming reeds meer dan een jaar heeft gehouden en dat hij in deze periode onafgebroken voor de deelnemingsvrijstelling in aanmerking kwam.

8.2.3.2 Non-voorraadeis

De non-voorraadeis houdt in dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op aandelen in een deelneming die als voorraad wordt gehouden. Van 28 april 1990 tot 1 januari 2007 was de non-voorraadeis - bedoeld ter bestrijding van de handel in kasgeldvennootschappen - expliciet in de wet opgenomen.⁹⁹⁴ Volgens de staatssecretaris was een wettelijke bepaling niet meer nodig omdat het resultaat op de handel in kasgeldvennootschappen zijns inziens ook zonder non-voorraadbepaling buiten de werkingssfeer van de deelnemingsvrijstelling kan worden gehouden. Het met de transactie behaalde voordeel betreft volgens hem namelijk niet zozeer een vermogensresultaat op aandelen (deelnemingsvoordeel), maar een dienstverleningsvergoeding.⁹⁹⁵

8.2.3.3 Kwalificerende beleggingsdeelneming

Vanaf 1 januari 2007 geldt de eis dat geen sprake mag zijn van een laagbelaste beleggingsdeelneming. Dit houdt in dat er geen deelnemingsvrijstelling wordt verleend voor participaties in lichamen die zich te veel met beleggen bezighouden en daarenboven onvoldoende belast worden.⁹⁹⁶ De gedachte hierachter is te voorkomen dat voordelen uit - in laagbelaste landen ondergebracht - mobiel kapitaal via de deelnemingsvrijstelling belastingvrij genoten kunnen worden.⁹⁹⁷ De tot 1 januari 2007 (waarschijnlijk in strijd met EU-recht) geldende extra eisen (de niet-ter-beleggingseis en de onderworpenheidseis) die voor de buitenlandse deelneming golden, zijn komen te vervallen. Voortaan moest voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling worden voldaan aan óf de bezittingentoets óf de (nieuwe) onderworpenheidstoets. Met name de bezittingentoets,

⁹⁹³ Tot 1 januari 2007 was het mogelijk de deelnemingsvrijstelling ook toe te passen op belangen kleiner dan 5%, indien het aanhouden van dit pakket lag in de lijn van de normale bedrijfsuitoefening van de moedermaatschappij of met de verwerving van het aandelenpakket(je) het algemeen belang was gediend (art. 13 lid 3 Wet VPB 1969 (oud)).

⁹⁹⁴ Voor een kritische beschouwing over de non-voorraad eis in de deelnemingsvrijstelling verwijs ik naar J.A.G. van der Geld, *De deelnemingsvrijstelling*, FM nr. 20, Kluwer, 3^e druk, 2011, blz. 74.

⁹⁹⁵ Kamerstukken II, 2005-2006, nr. 30572, nr. 3, blz. 55. Zie ook HR, 13 oktober 2006, nr. 42725, BNB 2007/61, waarin de Hoge Raad heeft beslist dat het aan- en verkopen van een deelneming binnen een hele korte periode niet bepalend is voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. De zaak werd terugverwezen naar het hof dat uiteindelijk bepaalde dat er in deze zaak geen sprake was van een dienstverlening (en dat het resultaat van de doorverkoop van de deelneming onder de deelnemingsvrijstelling viel).

⁹⁹⁶ Vergelijk J.A.G. van der Geld/F.J. Elswier/S.A. Stevens, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Fiscale studieseries nr. 31, Kluwer, 2016, 12^e druk, paragraaf 7.5.3.3.

⁹⁹⁷ Kamerstukken II, 2009-2010, 32129, nr. 3, blz. 15.

waarbij aan de hand van een zogenoemde toerekeningsbalans de activa van de deelneming(en) en subdeelneming(en) moeten worden beoordeeld leidde tot veel praktische problemen. Derhalve is de regeling per 1 januari 2010 aangepast. De wetgever heeft een subjectieve oogmerktoets ingevoerd die er voor moet zorgen dat in veel gevallen al op basis van die oogmerktoets duidelijk is of de deelnemingsvrijstelling van toepassing is en dat aan de (ook enigszins aangepaste) bezittingen- en/of onderworpenheidstoets niet meer wordt toegekomen.⁹⁹⁸

8.2.3.3.1 Oogmerktoets

De oogmerktoets houdt in dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is indien de deelneming niet met een beleggingsoogmerk wordt aangehouden (art. 13 lid 9 Wet VPB 1969). In veel gevallen wordt dan niet meer toegekomen aan de bezittingen- en onderworpenheidstoets, omdat uit de oogmerktoets al volgt dat de dochtermaatschappij niet als belegging wordt gehouden. In de parlementaire geschiedenis is aangegeven dat bij een gemengd oogmerk het zwaartepunt de doorslag geeft.⁹⁹⁹ Door de invoering van de oogmerktoets herleefde ook weer het belang van het roemruchte holding-arrest (BNB 1974/2) en het daarop gebaseerde beleid (BNB 1975/11) voor tussen- en tophoudstervennootschappen.¹⁰⁰⁰ De deelnemingsvrijstelling is volgens dat beleid van toepassing als de vennootschap als tussen- of tophoudster een essentiële rol vervult voor de bedrijfsactiviteiten binnen het concern. Een houdstervennootschap wordt bijvoorbeeld geacht een essentiële rol te vervullen binnen de groep als zij een schakel vormt tussen de bedrijfsactiviteiten van de moedermaatschappij en de (indirecte) deelnemingen.¹⁰⁰¹ De oogmerktoets is aangevuld met een tweetal ficties waarbij geacht wordt niet te zijn voldaan aan de oogmerktoets (art. 13 lid 10 Wet VPB 1969).¹⁰⁰²

8.2.3.3.2 Onderworpenheidstoets

De onderworpenheidstoets (art. 13 lid 11a Wet VPB 1969) houdt in dat een beleggingsdochter als niet-kwalificerende beleggingsdeelneming (laagbelaste beleggingsdochter) wordt gekwalificeerd indien deze dochtermaatschappij niet is onderworpen aan een naar Nederlandse begrippen reële heffing. Er is sprake van een reële heffing indien er sprake is van een winstbelastingdruk van 10% of meer over een naar Nederlandse maatstaven berekende grondslag, waarbij de rentebox- en innovatieboxregels niet worden meegeteld. Bij de vraag of er sprake is van voldoende heffing gaat het niet alleen om het tarief maar ook om de grondslag en de uitvoeringspraktijk.¹⁰⁰³ Uit de parlementaire behandeling blijkt dat voor de vraag of sprake is van een voldoende heffing in de regel het feitelijk geheven bedrag over het beleggingsinkomen maatgevend is. Buitenlandse grondslagafwijkingen die de belastingheffing over passief inkomen niet raken, zijn om die reden niet problematisch. Onbelangrijke grondslagafwijkingen worden niet meegenomen bij de herrekening van

⁹⁹⁸ Daarnaast heeft de wetgever de term "laagbelaste beleggingsdeelneming" vervangen in de term "niet-kwalificerende beleggingsdeelneming".

⁹⁹⁹ Kamerstukken II, 2009-2010, nr. 32129, nr. 8, blz. 28.

¹⁰⁰⁰ HR 7 november 1973, nr. 17182, BNB 1974/2, Besluit staatssecretaris, 15 oktober 1975, BNB 1975/11.

¹⁰⁰¹ Voor een nadere uiteenzetting zie Kamerstukken II, 2009-2010, nr. 32129, nr. 3, blz. 59.

¹⁰⁰² Art. 13 lid 10a Wet VPB 1969 bepaalt dat een deelneming bij fictie als belegging wordt aangemerkt indien de bezittingen van die deelneming geconsolideerd doorgaans voor meer dan de helft bestaan uit belangen van minder dan 5% in dochtermaatschappijen. Deze fictie heeft als doel het voorkomen dat de deelnemingsvrijstelling onbedoeld van toepassing wordt op belangen van minder dan 5% door het invoegen van een tussenhoudster. Art. 13 lid 10b Wet VPB 1969 bepaalt dat er ook sprake is van een beleggingsdeelneming, indien de functie van de deelneming voor meer dan de helft bestaat uit het financieren van de moedermaatschappij of met haar verbonden lichamen. Hieronder wordt ook het ter beschikking stellen van bedrijfsmiddelen verstaan.

¹⁰⁰³ De Hoge Raad heeft op 9 september 2016 een arrest gewezen (nr. 15/00707, BNB 2016/214) omtrent het bepalen van de omvang van de winst van een beleggingsdeelneming voor de berekening van de effectieve belastingdruk, de zogeheten "toetswinst". Meer specifiek ging het over het antwoord op de vraag of er bij het vaststellen van de toetswinst rekening gehouden moet worden met valutaresultaten, goed koopmansgebruik en het at arm's lengthbeginsel.

de effectieve belastingdruk naar Nederlandse maatstaven.¹⁰⁰⁴ Bijzondere grondslagafwijkingen worden wel meegenomen bij de herrekening van de effectieve belastingdruk naar Nederlandse maatstaven.¹⁰⁰⁵

8.2.3.3.3 Bezittingentoets

De bezittingentoets (art. 13 lid 11b jo. art. 13 lid 12 en 13 Wet VPB 1969) houdt in dat getoetst wordt of de bezittingen van de deelneming doorgaans voor 50% of meer (middellijk of onmiddellijk) bestaan uit "vrije beleggingen". Passieve concernfinancierings- en terbeschikkingstellingswerkzaamheden worden uitdrukkelijk begrepen onder beleggen.¹⁰⁰⁶ De beoordeling of de bezittingen van een deelneming, onmiddellijk of middellijk, doorgaans voor minder dan de helft bestaan uit laagbelaste vrije beleggingen, vindt plaats aan de hand van een toerekeningsbalans. Alleen de activa (bezittingen) worden op deze toerekeningsbalans opgenomen. In de praktijk leidt toepassing van de bezittingentoets vaak tot een administratieve last, aangezien onder andere bij het opstellen van de toerekeningsbalans ook de balansen van alle (sub)deelnemingen van de deelneming van belang zijn. Voor de toepassing van de bezittingentoets moet rekening gehouden worden met de zogenoemde "rotte-appelbenadering" (art. 13 lid 11b Wet VPB 1969 laatste volzin). Dit houdt in dat indien een lichaam ten minste 70% "goede" bezittingen heeft, alle bezittingen – met uitzondering van de deelnemingen – als "niet-laagbelaste vrije belegging" op de toerekeningsbalans worden opgenomen.¹⁰⁰⁷

8.2.3.4 Niet kwalificerende beleggingsdeelneming; deelnemingsverrekening

Is er sprake van een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming, dan wordt geen deelnemingsvrijstelling verleend maar wordt in beginsel deelnemingsverrekening toegepast.¹⁰⁰⁸ Op grond van art. 13aa lid 1 Wet VPB 1969 worden de voordelen (zowel positieve als negatieve voordelen, dividenden, vermogensresultaten en herwaarderingsresultaten (art. 13a Wet VPB 1969)) die een belastingplichtige geniet uit een beleggingsdeelneming voor een gebruteerd bedrag van die voordelen tot de winst gerekend. De brutering van de voordelen uit beleggingsdeelneming vindt plaats door het voordeel met de factor 100/95 te vermenigvuldigen. Deze factor veronderstelt een geheven winstbelasting van 5% bij de beleggingsdochter, ook al is dit percentage in werkelijkheid meer of minder. In afwijking van deze algemene regeling kunnen winstuitkeringen op grond van art. 13aa lid 4 Wet VPB 1969 in EU situaties ook gebruteerd worden tegen de daadwerkelijk drukkende winstbelasting. Indien de gebruteerde voordelen uit de gezamenlijke beleggingsdeelnemingen positief zijn, worden deze voordelen op grond van art. 13aa lid 5 Wet VPB 1969 tegen het normale vennootschapsbelastingtarief in aanmerking genomen. Vervolgens bestaat er recht op verrekening van de op die voordelen drukkende winstbelasting met de verschuldigde vennootschapsbelasting (art. 23c Wet VPB 1969). De deelnemingsverrekening is de laagste van de volgende twee limieten:

- 5% van het bedrag van de gezamenlijke gebruteerde voordelen, bedoeld in art. 13aa lid 5 Wet VPB 1969.

¹⁰⁰⁴ Kamerstukken II, 2009-2010, 32129, nr. 3, blz. 62. Genoemde onbelangrijke grondslagafwijkingen zijn: verschillen in afschrijving op bedrijfsmiddelen; verschillen in investeringsaftrekken voor bedrijfsmiddelen; verschillen in renteaftrekbeperkingen; verschillen in aftrekbeperkingen inzake kosten met een mogelijk privéelement (Oortkosten); beperkte verschillen in tonnageregime; tariefopstapjes zonder betekenisvolle invloed; verschillen in verliesverrekeningsregels; in beginsel verschillen in fiscale consolidatie regels.

¹⁰⁰⁵ Kamerstukken II, 2009-2010, 32129, nr. 3, blz. 62 e.v. Genoemde bijzondere grondslagafwijkingen zijn: een tax holiday; een cost plus benadering met een beperkte grondslag; aanzienlijke grondslagverminderingen vanwege fictieve kosten of vrijstellingen; een belastingstelsel dat geen renteaftrekbeperkingen kent; een van de winst aftrekbaar dividend; een vanuit Nederlandse optiek te ruime deelnemingsvrijstelling; uitgestelde belastingheffing over de winst; een teruggave van winstbelasting bij uitkering dividend.

¹⁰⁰⁶ Het onderscheid tussen actief en passief financieren wordt bepaald aan de hand van art. 2a Uitvoeringsbeschikking VPB 1971.

¹⁰⁰⁷ Kamerstukken II, 2009-2010, 32129, nr. 3, blz. 65.

¹⁰⁰⁸ Voor een uitgebreide uiteenzetting van de (systematiek) van de deelnemingsverrekening verwijs ik naar A.W. Hofman, De deelnemingsverrekening, FM nr. 138, Kluwer, 2011.

- De uitkomst van de volgende breuk: (gezamenlijke gebruteerde voordelen -/- de kosten ter zake van de beleggingsdeelneming)/belastbaar bedrag x de verschuldigde vennootschapsbelasting.

8.2.3.5 CFC- wetgeving in Nederland?

Controlled foreign corporation (CFC)-regels zijn in zijn algemeenheid primair gericht tegen het verschuiven van winsten (en, afhankelijk van de vormgeving van het betreffende belastingstelsel, soms ook tegen uitstel van belastingheffing) via buitenlandse lichamen die onder controle staan van een binnenlands belastingplichtig lichaam. Nederland kent (nog) geen expliciete CFC wetgeving. Wel kan bij een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming art. 13a Wet VPB 1969 van toepassing zijn, dat in de uitwerking CFC-kenmerken heeft. Indien een bezit wordt gehouden van tenminste 25% in een vennootschap met tenminste 90% aan laagbelaste beleggingen dan moet dat belang (ieder jaar) op de waarde in het economische verkeer worden gewaardeerd.

CFC-wetgeving is doorgaans van toepassing in landen die een verrekenstelsel (kapitaalexportneutraliteit) hanteren. De CFC-regels zorgen er voor dat uitstel van belastingheffing, door het oppotten van winst in het buitenland, wordt tegengegaan. In principe voegt een CFC-regeling voor landen met een vrijstellingsregime (kapitaalimportneutraliteit) niet veel toe, omdat het niet uitmaakt of de winsten in het buitenland worden opgepot of worden uitgekeerd (de winst is immers toch vrijgesteld). Alleen op het moment dat een winst niet onder de deelnemingsvrijstelling zou vallen zou CFC-wetgeving zinvol zijn.

Op grond van de op 21 juni 2016 aangenomen Antibelastingontwikningsrichtlijn moet Nederland uiterlijk 1 januari 2019 CFC-wetgeving hebben geïmplementeerd.¹⁰⁰⁹ De staatssecretaris is van mening dat art. 13a Wet VPB 1969 het meest te vergelijken is met CFC-wetgeving, maar merkt tevens op dat de in de Richtlijn opgenomen regelgeving wel verder strekt dan de in art. 13a opgenomen herwaarderingsverplichting.¹⁰¹⁰ Op 10 juli 2017 heeft het Ministerie van Financiën een internetconsultatie opengesteld met conceptwetgeving omtrent de Europese richtlijn tegen belastingontwijking. De conceptwetgeving bevat ook CFC-regels. In het consultatiedocument wordt aangegeven dat met het oog op de demissionaire status van het kabinet en de lopende onderhandelingen over een nieuwe regeerakkoord in het conceptwetsvoorstel het implementeren van de minimumnorm als uitgangspunt is genomen. Voor het volgend kabinet wordt hiermee ruimte gelaten om standpunten in te nemen die verder gaan dan de minimumnorm. In het conceptwetsvoorstel is voor dezelfde variant gekozen als in het C(C)CTB-voorstel (zie artikel 59 en 60 CCTB-voorstel).¹⁰¹¹ Er is gekozen voor de uitwerking van de variant (model A) op basis van *bepaalde categorieën voordelen*.

- Er is op grond van dit conceptwetsvoorstel sprake van een gecontroleerd lichaam als een belastingplichtige een belang van meer dan 50% in een lichaam heeft, en de door dat lichaam over bepaalde "besmette" voordelen daadwerkelijk betaalde vennootschapsbelasting lager is dan de helft van de vennootschapsbelasting die zou zijn geheven als dat lichaam zou zijn onderworpen aan de Nederlandse vennootschapsbelasting.
- Als sprake is van een gecontroleerd lichaam dan wordt het positieve saldo aan niet-uitgekeerde besmette voordelen tot de winst van de belastingplichtige gerekend.
- De besmette voordelen zijn voordelen uit bepaalde categorieën, zoals rente, royalty's en dividenden.
- De besmette voordelen worden niet in aanmerking genomen bij het bepalen van de winst van de belastingplichtige voor zover een gecontroleerd lichaam ter zake waarvan de besmette voordelen worden genoten een wezenlijke economische activiteit uitoefent, ondersteund door personeel, uitrusting, activa en gebouwen.

¹⁰⁰⁹ Voor een inhoudelijke analyse van de onder de Richtlijn opgenomen CFC regels verwijs ik naar Redactie Vakstudienieuws, Europese Commissie, Voorstel anti tax avoidance richtlijn, V-N 2016/12.5.

¹⁰¹⁰ Brief Staatssecretaris van Financiën, 29 april 2016, nr. AFP/2016/394.

¹⁰¹¹ Voor een bespreking hiervan verwijs ik naar I.M. de Groot, Concernbepalingen in de Common (Consolidated) Corporate Tax Base, WFR 2017/67, paragraaf 4.

- Ook zijn er in dit conceptwetsvoorstel twee uitzonderingen opgenomen in welk geval geen sprake is van een gecontroleerd lichaam indien de besmette voordelen onder een bepaalde drempel blijven.
- Tot slot worden regels voorgesteld die de verrekening van daadwerkelijk betaalde buitenlandse winstbelasting ter zake van de in aanmerking genomen besmette voordelen mogelijk maken.

Er is door de NOB¹⁰¹² mijns inziens terecht forse kritiek geuit op de gekozen CFC-variant. De NOB merkt bijvoorbeeld op dat de voorgestelde CFC-bepaling materieel weinig toevoegt in de bestrijding van belastingontwijking en tegelijkertijd disproportionele complexiteit, onzekerheid en een risico van dubbele belasting oplevert. Deze negatieve effecten treden volgens de NOB voornamelijk op bij een implementatie van model A (het voorgestelde model in het consultatiedocument).

In de brief van 23 februari 2018 gaat de staatssecretaris uitgebreid in op de CFC-regelgeving uit de Antibelastingontwikingsrichtlijn en de implementatie daarvan in de Nederlandse vennootschapsbelasting.¹⁰¹³ De CFC-maatregel zoals opgenomen in ATAD1 bestaat volgens de staatssecretaris grofweg uit drie stappen:

1. Is er sprake van een laagbelaste gecontroleerde buitenlandse vennootschap (controlled foreign company, CFC)? Dat is het geval als de Nederlandse belastingplichtige een belang heeft van meer dan 50% in het buitenlandse lichaam (wel/niet controle) én de belastingheffing in het land waar het lichaam is gevestigd minder dan de helft bedraagt van de belasting die in Nederland zou zijn geheven als het lichaam in Nederland zou zijn gevestigd.
2. Bepaling van het inkomen van de CFC dat aan de Nederlandse belastinggrondslag moet worden toegevoegd. Dit kan aan de hand van model A of model B. In model A wordt (zoals hierboven reeds beschreven) het inkomen bepaald door een aantal specifieke inkomenscategorieën (dividend, rente, financial lease, royalty's etc.). In model B wordt het inkomen bepaald op basis van het arm's length beginsel. Dit betekent dat onzakelijke transacties binnen een concern worden gecorrigeerd als ware het transacties tussen onafhankelijke partijen.
3. Bij model A moet als derde stap worden bekeken of er bij de CFC sprake is van een "wezenlijke economische activiteit".

Vervolgens geeft de staatssecretaris aan hoe hij de CFC-maatregel in Nederland wil implementeren. De staatssecretaris geeft aan dat model A van toepassing is op lichamen of vaste inrichtingen in landen met een laag statutair tarief (wat dit betekent is niet geconcretiseerd) of landen die zijn opgenomen op de EU-lijst van niet coöperatieve landen én er is geen sprake van een "wezenlijke economische activiteit". Van een wezenlijke economische activiteit is in ieder geval sprake als de CFC voldoet aan dezelfde substance-eisen als die, die bij de anti-misbruikregeling bij de inhoudingsvrijstelling in de dividendbelasting van toepassing zijn. De staatssecretaris noemt daarbij expliciet het (sinds 1 januari 2018 geldende) loonkostencriterium en de eigen kantooruimte. De volledige lijst aan (cumulatieve) substance-eisen is als volgt:

- Ten minste de helft van het totaal aantal statutaire en beslissingsbevoegde bestuursleden woont of is feitelijk gevestigd in het land waar het lichaam (de schakelvennootschap) is gevestigd.
- De in het land waar het lichaam is gevestigd wonende of gevestigde bestuursleden beschikken over de benodigde professionele kennis.
- Het lichaam beschikt over gekwalificeerd personeel.
- De bestuursbesluiten worden genomen in het land waar het lichaam is gevestigd.
- De belangrijkste bankrekeningen van het lichaam worden aangehouden in het land waar het lichaam is gevestigd.
- De boekhouding wordt gevoerd in het land waar het lichaam is gevestigd.

¹⁰¹² NOB, Commissie Wetsvoorstellen, 21 augustus 2017, Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB op de internetconsultatie implementatie ATAD1

¹⁰¹³ Brief van de staatssecretaris van Financiën, 23 februari 2018, Aanpak belastingontwijking en ontduiking, kenmerk 2018-0000026987, V-N 2018/14.2.

- Het lichaam wordt niet (tevens) in een ander land als fiscaal inwoner beschouwd.
- Het lichaam voldoet aan een loonkostencriterium van minimaal € 100.000. Het loonkostencriterium van € 100.000 is naar Nederlandse maatstaven. Voor een buitenlandse vennootschap mag worden aangesloten bij de maatstaven aldaar. Voor toetsing van het loonkostencriterium wordt dus rekening gehouden met het welvaartsniveau van de staat waarin de vennootschap is gevestigd. Tevens mag personeel worden ingehuurd binnen het concern, mits sprake is van relevantie.
- Het lichaam heeft voor een periode van ten minste 24 maanden een in het land waar het lichaam is gevestigd gelegen eigen kantoorruimte. De 24-maandsperiode mag ook zien op de toekomst.

Model B lijkt niet terug te komen. De staatssecretaris merkt omtrent model B op dat Nederland het arm's lengthbeginsel al toepast en dat derhalve een verdergaande aanpassing van de Nederlandse wetgeving niet strikt noodzakelijk is om te voldoen aan de op Nederland rustende implementatieverlichting.

8.2.4 Vrijstelling van voordelen (winsten en verliezen)

Op grond van de deelnemingsvrijstelling blijven de voordelen uit hoofde van een deelneming buiten aanmerking bij het bepalen van de winst. De term voordelen moet algebraïsch worden uitgelegd, want niet alleen deelnemingswinsten, maar ook deelnemingsverliezen vallen onder de deelnemingsvrijstelling. Op de hoofdregel dat deelnemingsverliezen niet aftrekbaar zijn, maakt de liquidatieverliesregeling van art. 13d Wet VPB 1969 een uitzondering.

8.2.4.1 Wat valt onder het begrip voordelen

De omvang van het totaal vrij te stellen object is voor een deel wettelijk bepaald en voor een deel door de rechter ingevuld. Kort samengevat vallen onder voordelen uit hoofde van een deelneming:

- Dividenden (zowel normaal (civielrechtelijk) vastgesteld dividend, als verkapt/vermomd dividend);
- Vermogensresultaten (met uitzondering van liquidatieverliezen, zie hoofdstuk 8.2.4.2);
- Valutaresultaten;¹⁰¹⁴
- Hybride schuldvorderingen (art. 13 lid 4 Wet VPB 1969). Vanaf 1 januari 2016 geldt overigens dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is ten aanzien van vergoedingen die in het buitenland in aftrek kunnen worden gebracht (art. 13 lid 17 Wet VPB 1969);¹⁰¹⁵

¹⁰¹⁴ HR 9 juni 1982, nr. 21142, BNB 1982/230. Heithuis is van mening dat het arrest HR 9 juni 1982, nr. 21142, BNB 1982/230 niet juist is. De ratio van de deelnemingsvrijstelling zou zijn inziens tot de conclusie moeten leiden dat valutaresultaten op (vrijgestelde) deelnemingen gewoon belast (bij winst) respectievelijk aftrekbaar (bij verlies) zijn. Heithuis beargumenteert dat door te stellen dat valutaresultaten niet te herleiden zijn tot de winst van de deelneming, dus van (economische) dubbele belastingheffing is geen sprake. Valutaresultaten zijn volgens hem geen voordelen "uit hoofde van" de deelneming, zoals art. 13 lid 1 Wet VPB 1969 eist. E.W.J. Heithuis, HR 8 juli 2016, nr. 15/00878, V-N 2016/36.10: gemiste kans!, WFR 2016/170. Ook Kok geeft aan dat het vrijstellen van valutaresultaten onder de deelnemingsvrijstelling niet strookt met de achterliggende beginselen van de deelnemingsvrijstelling. Q.W.J.C.H. Kok, Vreemde valuta en de deelnemingsvrijstelling, WFR 2009/115. Een andere discussie is of valutaverliezen op grond van Europees recht (HvJ EU, 28 februari 2008, nr. C-293/06 (Deutsche-Shell), BNB 2009/84) fiscaal wel in aftrek zouden moeten worden toegelaten. Uit HR 8 juli 2016, nr. 00878 en de zaak X AB (10 juni 2015, nr. C-686/13, V-N 2015/32.13) blijkt dat toepassing van de deelnemingsvrijstelling op valutaresultaten (zowel verliezen als winsten) niet in strijd is met EU-recht en dat het Deutsche Shell-arrest niet tot een andere conclusie leidt. Mijns inziens is de Tussenregeling valutaresultaten (art. 28b Wet VPB 1969) derhalve een overbodige bepaling in onze wet (geworden).

¹⁰¹⁵ Zie o.a. Wet implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015, Kamerstukken II, 2015-2016, 34306. Vanaf genoemde datum is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing ten aanzien van vergoedingen die in het buitenland in aftrek kunnen worden gebracht. Op zich is er uiteraard niets mis met het voorkomen van

- Earnout-regelingen (art. 13 lid 6 Wet VPB 1969).
- Voordelen uit valuta-afdekkingsinstrumenten (art. 13 lid 7 Wet VPB 1969);
- Voordelen uit opties op aandelen, mits de aandelen in geval van uitoefening van de opties kwalificeren als deelneming;¹⁰¹⁶
- Conversierechten;¹⁰¹⁷
- Aankoop- en verkoopkosten;¹⁰¹⁸

Ontvangen schadevergoedingen voor het niet doorgaan van de koop of verkoop van een deelneming vallen pas onder de deelnemingsvrijstelling vanaf het moment van het sluiten van de (ver)koopovereenkomst.¹⁰¹⁹ Een vruchtgebruik op aandelen valt niet onder de deelnemingsvrijstelling.¹⁰²⁰

8.2.4.2 Kosten die verband houden met de deelneming

8.2.4.2.1 Bruto- of nettovrijstelling

Uit de parlementaire stukken is op te maken dat de deelnemingsvrijstelling oorspronkelijk bedoeld is als een brutovrijstelling.¹⁰²¹ Dit houdt in dat de voordelen uit een deelneming vrijgesteld zijn en de kosten met betrekking tot de deelneming aftrekbaar. Deze bedoeling is gezien het historische verloop niet altijd in acht genomen, want zowel in het Besluit Winstbelasting 1940 (art. 7 lid 2) als het Besluit VPB 1942 (art. 10 jo art. 15) werd de deelnemingsvrijstelling als een nettovrijstelling behandeld. Dit betekende dat er per saldo een netto bedrag (voordelen minus kosten van de deelneming) werd vrijgesteld en dat kosten samenhangend met de deelneming niet aftrekbaar waren. In de Wet VPB 1969 werd deze systematiek ten aanzien van binnenlandse deelnemingen niet

deze zogenoemde *double dips*, maar de vormgeving van art. 13 lid 17 Wet VPB 1969 roept op zijn minst wel wat vragen op. De bepaling is volgens de staatssecretaris bijvoorbeeld ook van toepassing als renteaftrek bij de buitenlandse dochter beperkt is op basis van een renteaftrekbeperking (Kamerstukken II, 2015-2016, 34306, nr.3 en nr. 6). Het gevolg hiervan kan zijn dat dubbele belastingheffing kan optreden, hetgeen mij ook niet de bedoeling lijkt. De regeling ziet niet alleen op mismatches bij hybride leningen, maar kan ook van toepassing zijn op bijvoorbeeld cumulatief preferente aandelen. Daarnaast valt meegekocht dividend onder de regeling. Opvallend is dat de bepaling mondiale werking heeft en dus niet beperkt is tot EU-deelnemingen. Voor een kritische beschouwing van art. 13 lid 17 Wet VPB 1969 in relatie met ATAD2 zie ook A.J.A. Stevens/G.K. Fibbe, 'Hybride hersenspinsels over BEPS en ATAD 2 (deel I: hybride financieringen)', *NTFR-B* 2017/40.

¹⁰¹⁶ HR 22 november 2002, nr. 36272, BNB 2003/34 (Falcons-arrest).

¹⁰¹⁷ HR 12 oktober 2007, nr. 43643, BNB 2008/6.

¹⁰¹⁸ Aankoopkosten zijn sinds 14 december 2002 niet meer aftrekbaar. De wetgever besloot in te grijpen (Wet van 4 november 2004, Stb. 2004,581) nadat de Hoge Raad in BNB 2002/262 terug kwam van eerdere uitspraken (BNB 1994/163 en BNB 1996/367) en besliste dat aankoopkosten buiten de deelnemingsvrijstelling vielen en aftrekbaar waren van de winst in het jaar waarin de kosten waren gemaakt. Verkoopkosten zijn vanaf 1 januari 2007 (Wet werken aan winst) niet meer aftrekbaar. Wat onder aankoopkosten en verkoopkosten van een deelneming moet worden verstaan is nader ingevuld door de rechter. Zie ook R.J. de Vries, Aan- en verkoopkosten in relatie tot deelnemingen, *WFR* 2009/85. De zienswijze van de Belastingdienst is - naar aanleiding van een WOB-verzoek - te vinden in een interne notitie (V-N 2016/30.16). Het aangaan of verbreken van een fiscale eenheid heeft geen invloed op de niet-aftrekbaarheid van aankoop- of verkoopkosten, zie HR 29 april 2011, nr. 10/00654, BNB 2011/185 en HR 11 januari 2013, nr. 12/01616, BNB 2013/70.

¹⁰¹⁹ HR 23 september 2016, nr. 15/02428, BNB 2017/11. Voor een nadere uiteenzetting zie R.P.C.W.M. Brandsma / P. Ruige / R. Bagci, De toepassing van de deelnemingsvrijstelling op gesplitste en volwaardige belangen (deel 1), *WFR* 2017/242 en (deel 2), *WFR* 2017/248.

¹⁰²⁰ Zie HR 29 december 1954, nr. 12 040, BNB 1955/50 en R.P.C. Cornelisse, Vruchtgebruik op aandelen en toepassing van de deelnemingsvrijstelling, *WFR* 2017/202.

¹⁰²¹ Kamerstukken II, 1959/1960, 6000, nr. 3, blz. 20. Daar wordt opgemerkt dat de term "voordelen betrekking heeft op het saldo van bepaalde positieve en negatieve brutobedragen". Zie ook HR 24 mei 2002, nr. 37.021, BNB 2002/262.

overgenomen en nog steeds is de huidige deelnemingsvrijstelling op een tweetal wettelijke uitzonderingen na bedoeld als een brutovrijstelling. De uitzondering op de brutovrijstelling wordt gevormd door de zinsnede in art. 13 lid 1 Wet VPB 1969, waarin de niet-aftrekbaarheid van aankoopkosten (ingevoerd per 1 februari 2005) en verkoopkosten (ingevoerd per 1 januari 2007) is geregeld. Dit betekent dat in beginsel alle kosten die verband houden met de deelneming wel aftrekbaar zijn, waaronder financieringskosten.

8.2.4.2.2 Het Bosal-arrest

Tot 1 januari 2004 maakte het deelnemingsvrijstellingsregime onderscheid tussen financieringskosten die verband hielden met binnenlandse (wel aftrekbaar) en buitenlandse deelnemingen (niet aftrekbaar). In het toenmalige art. 13 lid 1 Wet VPB 1969 waren deze rentelasten effectief uitgesloten, omdat deze niet middellijk dienstbaar waren aan het behalen van in Nederland belastbare winst. Deze uitsluiting is vanuit Nederlands nationaal oogpunt wel te begrijpen, omdat de winsten van een buitenlandse deelneming in het buitenland onderhevig zijn aan een winstbelasting en in Nederland veelal niet belast zijn vanwege de deelnemingsvrijstelling. Vanuit Europees perspectief is een dergelijk onderscheid niet goed te verklaren. In het Bosal-arrest oordeelde het Europese Hof van Justitie dat het niet in aftrek toelaten van de financieringslasten ten aanzien van buitenlandse deelnemingen strijdig is met het Europese recht.¹⁰²² De wetgever koos er na de Bosal-uitspraak voor om voortaan – mede in het licht van het vestigingsklimaat – alle financieringslasten ten aanzien van zowel binnenlandse als buitenlandse deelnemingen in aftrek toe te laten. Per 1 januari 2004 werd als (budgettaire) gevolg van het Bosal-arrest de in hoofdstuk 6.2.2. besproken houdster- en financieringsverliesregel ingevoerd alsmede een thincap-regeling (art. 10d Wet VPB 1969 oud). Deze generieke renteaftrekbeperking werd per 1 januari 2013 vervangen door het huidige art. 13i Wet VPB 1969 (zie hoofdstuk 7.2.3.5), omdat laatstgenoemde bepaling beter lijkt te passen om het Bosal-gat te dichten.

8.2.4.3 Liquidatieverliesregeling

Door de liquidatie van de deelneming gaan doorgaans de bij de deelneming aanwezige verrekenbare verliezen definitief verloren. De wetgever heeft in een dergelijk geval van liquidatie van de deelneming gemeend om verliesneming bij de moedermaatschappij mogelijk te moeten maken.¹⁰²³ Dit is vormgegeven door het te bepalen liquidatieverlies wiskundig te benaderen. Het eventueel in aanmerking te nemen liquidatieverlies bij de moedermaatschappij is het verschil tussen het opgeofferd bedrag en het totaal aan liquidatie-uitkeringen. Er zijn diverse wettelijke bepalingen opgenomen om misbruik van de liquidatieverliesregeling te voorkomen (bijvoorbeeld de dividendcorrectiemaatregelen van art. 13d lid 3 Wet VPB 1969, de bepalingen ten aanzien van tussenholdings van art. 13d lid 4 en 6 Wet VPB 1969 en de voortzettingsvereisten van art. 13d lid 9 Wet VPB 1969). Door de wiskundige benadering heeft het daadwerkelijk in aanmerking te nemen liquidatieverlies in principe geen relatie met de daadwerkelijk verrekenbare verliezen van de geliquideerde deelneming die door de liquidatie verloren gaan. Vanaf de introductie van de liquidatieverliesregeling in onze wet is er discussie of de regeling systematisch en principieel wel past binnen de deelnemingsvrijstelling. In hoofdstuk 8.2.6 ga ik hier nader op in.

8.2.5 Compartimenteren¹⁰²⁴

8.2.5.1 Inleiding

Bij toepassing van de deelnemingsvrijstelling kunnen zogenoemde sfeerovergangen plaatsvinden. Een belang kan overgaan van de belaste sfeer (geen deelnemingsvrijstelling) naar de onbelaste sfeer (wel deelnemingsvrijstelling) of andersom. Na zo'n sfeerovergang is op het belang een ander regime van toepassing dan het regime dat op het belang van toepassing was voorafgaand aan de

¹⁰²² HvJ EU van 18 september 2003, nr. C-168/01, BNB 2003/344.

¹⁰²³ Voor een uitgebreide uiteenzetting van de liquidatieverliesregeling verwijs ik naar J.A.G. van der Geld, de deelnemingsvrijstelling, FM nr. 20, Kluwer, 3^e druk, Kluwer, 2011, hoofdstuk 6.

¹⁰²⁴ Delen van dit hoofdstuk heb ik ook opgenomen in de Cursus Belastingrecht, onderdeel Vpb 2.4.4.D. 2015 en latere jaren.

sfeerovergang. Compartimenteren zorgt er voor dat een later genoten voordeel dat voor de sfeerovergang is ontstaan wordt belast volgens de regels die eerder, voor de sfeerovergang, golden.¹⁰²⁵ Compartimentering kan zich voordoen bij een sfeerovergang als gevolg van een wijziging van feiten en omstandigheden. Dit wordt feitencompartimentering genoemd. Compartimentering kan zich ook voordoen bij een sfeerovergang als gevolg van een wetswijziging. Dit wordt regelcompartimentering genoemd.

8.2.5.2 Historische ontwikkeling en ratio

Het leerstuk van compartimentering is ontwikkeld door de Hoge Raad. De Hoge Raad heeft voor het eerst in 1986 de compartimenteringsgedachte bij de deelnemingsvrijstelling toegepast.¹⁰²⁶ De Hoge Raad besliste dat een redelijke wetstoepassing meebracht dat de deelnemingsvrijstelling ook geldt voor voordelen die zijn ontstaan in de periode waarin de deelnemingsvrijstelling van toepassing was, maar welke voordelen in een periode waarin dat aandelenbelang niet meer als een deelneming kan worden beschouwd, zijn gerealiseerd. De overwegingen van dit arrest luiden zo algemeen dat alle voordelen die worden behaald bij een vervreemding van aandelen, zullen moeten worden gesplitst al naar gelang de ontstaansperioden waarin voor deze voordelen verschillende fiscale regimes hebben gegolden. In BNB 1991/268¹⁰²⁷ werd de compartimenteringsleer bevestigd en overwoog de Hoge Raad dat de deelnemingsvrijstelling ertoe strekt te voorkomen dat in een deelnemingsverhouding dezelfde winst tweemaal wordt belast en dat deze strekking het best tot zijn recht komt ingeval de vrijstelling toepassing vindt op, en tevens beperkt wordt tot de voordelen die zijn ontstaan in het tijdvak waarin de vrijstelling heeft bestaan. Noch de tekst, noch de geschiedenis van art. 13 houden een aanwijzing in, aldus de Hoge Raad, dat enerzijds van de voordelen uit hoofde van de deelneming zouden zijn uitgesloten voordelen die weliswaar tijdens het bestaan van de deelneming zijn ontstaan, doch in dat tijdvak nog niet zijn gerealiseerd, en anderzijds daartoe mede zouden moeten worden gerekend de in bedoeld tijdvak gerealiseerde voordelen die zijn ontstaan gedurende het tijdvak waarin de desbetreffende aandelen nog niet als een deelneming waren aan te merken. In het arrest is met andere woorden ten principale beslist dat het ne-bis-in-idem beginsel tot gevolg heeft dat de vervreemdingsvoordelen al naar gelang van hun ontstaansperioden dienen te worden gecompartmenteerd. Toepassing van feitencompartimentering is vervolgens in diverse arresten (wat betreft vervreemdingsvoordelen) door de Hoge Raad bevestigd en verijnd.¹⁰²⁸

Op 14 juni 2013 liet de Hoge Raad zich voor de eerste keer uit over regelcompartimentering in de deelnemingsvrijstelling.¹⁰²⁹ In de casus die ten grondslag lag aan het arrest BNB 2013/177, kon de belastingplichtige de deelnemingsvrijstelling eerst niet en vervolgens wel toepassen. Dit had te maken met de wijziging van het regime van de deelnemingsvrijstelling per 1 januari 2007 (Wet werken aan winst). Vervolgens werden op deze aandelen na de sfeerovergang dividenden ontvangen. Hierbij kwam de vraag op of compartimentering ook moet plaatsvinden ingeval de sfeerovergang van de belaste naar de onbelaste sfeer plaatsvindt als gevolg van wetswijziging. Ingeval er niet zou behoeven te worden gecompartmenteerd, zou dit betekenen dat de dividenden onder de deelnemingsvrijstelling kunnen worden genoten. Dit terwijl bij compartimentering de dividenden wel in de heffing worden betrokken voor zover deze zijn toe te rekenen aan de belaste periode. Saillant detail is dat de staatssecretaris in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Wet werken aan winst heeft aangegeven dat er ook moet worden gecompartmenteerd bij sfeerovergang als gevolg van een wetswijziging. De staatssecretaris wilde dit evenwel niet nader wettelijk invullen omdat het in zijn optiek niet eenvoudig is om een genuanceerd en complex leerstuk als de compartimenteringsleer te codificeren.¹⁰³⁰ De Hoge Raad oordeelde in BNB 2013/177 dat als de

¹⁰²⁵ Compartimenten wordt derhalve ook wel aangeduid als "partieel eerbiedigende werking". Zie M.R.T. Pauwels, Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen 2009/13/01, paragraaf 11.13.1 en H. Pijl, Compartimentering bij verdragen (BNB 2002/402), WFR 2003/359, paragraaf 1.2.

¹⁰²⁶ HR 2 juli 1986, nr. 23444, BNB 1986/305.

¹⁰²⁷ HR 19 juni 1991, nr. 26 102, BNB 1991/268.

¹⁰²⁸ HR 17 mei 1995, nr. 30 268, BNB 1995/250; HR 4 december 1996, nr. 30 655, BNB 1997/256; HR 18 juni 1997, nr. 32 019, BNB 1997/257; HR 22 januari 1997, nr. 31 748, BNB 1997/101.

¹⁰²⁹ HR 14 juni 2013, nr. 11/04538, BNB 2013/177.

¹⁰³⁰ Kamerstukken II, 2005-2006, 30 572, nr. 8, blz. 39-40.

wetgever wenst dat er wordt gecompartmenteerd, hij dit wettelijk moet regelen. Als reactie op dit arrest heeft de staatssecretaris al op dezelfde dag van dit arrest - bij persbericht - aangekondigd een wetsvoorstel te zullen indienen om compartimentering wettelijk (alsnog) te regelen. De Hoge Raad heeft in BNB 2014/119c¹⁰³¹ opnieuw arrest gewezen over regelcompartimentering en conform BNB 2013/177 beslist. Belastingplichtige hoefde geen compartimentering toe te passen bij het verlies op een deelneming, waarop aanvankelijk wel en als gevolg van een wetswijziging niet meer de deelnemingsvrijstelling van toepassing was.

8.2.5.3 De wet compartimenteringsreserve

Op 1 mei 2015 is de Wet compartimenteringsreserve in werking getreden.¹⁰³² Deze wet, neergelegd in art. 28c en 34c Wet VPB 1969 regelt de fiscale gevolgen van sfeerovergangen bij de toepassing van de deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting. Met de wet beoogt de staatssecretaris het hierboven besproken arrest van de Hoge Raad (BNB 2013/177) te repareren.

8.2.5.3.1 Doelstelling

Het doel van de Wet compartimenteringsreserve is het wettelijk regelen van zowel feitencompartimentering als regelcompartimentering bij toepassing van de deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting. Compartimentering ziet zowel op dividenden als op vervreemdingsvoordelen (vermogenswinsten).

8.2.5.3.2 Vormen van de reserve

Door de Wet compartimenteringsreserve moet een belastingplichtige een reserve vormen wanneer hij een belang houdt waarbij zich een sfeerovergang voordoet (art. 28c lid 2 Wet VPB 1969). Door het vormen van de compartimenteringsreserve wordt vastgesteld hoe hoog het bedrag is dat bij de belastingplichtige nog onder een andere sfeer valt. De berekening van de compartimenteringsreserve is als volgt: waarde economisch verkeer van de aandelen direct vóór sfeerovergang -/- boekwaarde. De boekwaarde van het belang wordt op het moment van sfeerovergang vermeerderd met het bedrag waarvoor een compartimenteringsreserve wordt gevormd.

8.2.5.3.3 Heffingsmoment

Het vormen van een belaste of onbelaste compartimenteringsreserve leidt niet tot (acute) heffing. Een eventuele heffing komt pas na realisatie (bijvoorbeeld in de vorm van een dividenduitkering, art. 28c lid 3 Wet VPB 1969) aan de orde. Het betreft situaties van realisatie na de betreffende sfeerovergang. Uitgangspunt is dat deze voordelen worden toegerekend aan de periode waarin deze zijn ontstaan. De systematiek kan in twee stappen als volgt worden beschreven:

- Bij een verkrijging van een voordeel dat toerekenbaar is aan de periode voorafgaande aan de sfeerovergang, wordt de boekwaarde van het belang waarop de compartimenteringsreserve betrekking heeft, verminderd met het bedrag van dat voordeel, dan wel, indien dit lager is, met het bedrag van de compartimenteringsreserve op het tijdstip direct voorafgaande aan het verkrijgen van dat voordeel.
- Op hetzelfde moment wordt de belaste compartimenteringsreserve voor hetzelfde bedrag toegevoegd aan de winst en wordt de (extracomptabele) onbelaste compartimenteringsreserve verminderd met het bedrag van dat voordeel zonder dat dit tot een toevoeging in de winst leidt.

Door deze systematiek is elke afname van de belaste compartimenteringsreserve belast.

8.2.5.3.4 Einde aandelenbelang

¹⁰³¹ HR 28 maart 2014, nr. 13/02818, BNB 2014/119c.

¹⁰³² Wetsvoorstel 33713. Voor een compleet overzicht van de parlementaire behandeling van deze wet zie <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/dossier/33713>. Het wetsvoorstel is op 17 oktober 2014 ongewijzigd aangenomen door de Tweede Kamer en op 14 april 2015 door de Eerste Kamer.

Een (belaste of onbelaste) reserve valt geheel of gedeeltelijk vrij op het tijdstip waarop de aandelen geheel of voor een deel niet meer behoren tot het vermogen van de belastingplichtige (art. 28c lid 4 Wet VPB 1969). Zo zal het belang geheel of gedeeltelijk uit het vermogen verdwijnen bij vervreemding van de aandelen. Andere voorbeelden die wettelijk zijn vastgelegd zijn fusie, splitsing of liquidatie van de belastingplichtige of het belang, of indien de belastingplichtige en de deelneming een fiscale eenheid aangaan. De reserve kan bij fusie of splitsing onder omstandigheden worden doorgeschoven, indien aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan.

8.2.5.3.5 Terugwerkende kracht

De Wet compartimenteringsreserve kent een (formele) terugwerkende kracht tot en met 14 juni 2013 (de dag van het arrest en de aankondiging dat er een wetsvoorstel zou komen). Verder kent de wet een overgangsregeling voor sfeerovergangen die vóór 14 juni 2013 hebben plaatsgevonden. Het overgangsrecht is tamelijk complex en verraderlijk. Het heeft namelijk ook gevolgen voor bestaande situaties waarin belastingplichtigen aandelen hebben waarbij zich vóór 14 juni 2013 een sfeerovergang heeft voorgedaan. Is dat het geval en wordt ná 13 juni 2013 een dividend verkregen of (een deel van) het belang vervreemd, dan dient een compartimenteringsreserve te worden gevormd. Deze reserve moet worden gevormd op het tijdstip dat direct voorafgaat aan het moment waarop een voordeel uit hoofde van het belang wordt gerealiseerd, dan wel het belang geheel of gedeeltelijk uit het vermogen van belastingplichtige verdwijnt. De omvang van de compartimenteringsreserve wordt gesteld op een bedrag ter grootte van het verschil tussen de werkelijke waarde van de aandelen op het tijdstip direct voorafgaande aan de sfeerovergang en de boekwaarde daarvan. Het overgangsrecht kent hiermee in feite een uitgebreide materiële terugwerkende kracht. De terugwerkende kracht ten aanzien van regelcompartimentering is door de staatssecretaris door middel van een goedkeuring enigszins verzacht. De toezegging van de staatssecretaris heeft tot gevolg dat belastingplichtigen die voordeel hebben bij het arrest van de Hoge Raad van 14 juni 2013, zich op het arrest kunnen beroepen voor zover er sprake is van een realisatie van een belang en zich ter zake van dat belang vóór 1 januari 2007 een sfeerovergang heeft voorgedaan als gevolg van een wetswijziging. Voor de realisatie van een belang waarvoor zich op of na 1 januari 2007 een sfeerovergang als gevolg van een wetswijziging heeft voorgedaan, geldt de compartimentering zoals in de Wet compartimenteringsreserve is aangegeven.

8.2.6 Discussiepunten over de deelnemingsvrijstelling

Uit een analyse van wetgeving, parlementaire stukken, jurisprudentie en literatuur over de deelnemingsvrijstelling blijkt mijns inziens dat er op hoofdlijnen relevante discussiepunten zijn over:

- De rechtsgrondslag van de deelnemingsvrijstelling;
- Toepassing van de compartimenteringsleer en de gedetailleerde wettelijke invulling.

Deze discussiepunten zal ik hieronder nader uitwerken en toetsen aan mijn in hoofdstuk 1.3.2.4 besproken toetsingskader, namelijk aan de i. fiscaal-beleidsanalytische toets, ii. fiscaal-juridische toets, iii. fiscaal-wetstechnische toets en iv. internationale/Europese fiscale ontwikkelingentoets.

8.2.6.1 *Ne-bis-in-idem of verlengstukgedachte en de gevolgen ten aanzien van de voorwaarden en het vrij te stellen object*

Uit de wetsgeschiedenis, jurisprudentie en literatuur blijkt niet eenduidig welke rechtsgrondslag aan de deelnemingsvrijstelling ten grondslag ligt. Het lijkt er op dat de wetgever op twee gedachten hinkt en afhankelijk van de situatie de ene keer het ne-bis-in-idem beginsel aanhaalt en de ander keer de verlengstukgedachte. Zoals uit hoofdstuk 8.2.1 is gebleken, is de eerste vorm van een deelnemingsvrijstelling terug te vinden in de Wet op de bedrijfsbelasting van 1893. Uit de parlementaire stukken van toentertijd zou volgens Juch op te maken zijn dat de vrijstelling berustte op de ne-bis-in-idem gedachte.¹⁰³³ Uit de parlementaire stukken bij de totstandkoming van de Wet VPB 1969 lijkt de wetgever meer de verlengstukgedachte voor ogen te hebben, omdat er een afbakening wordt gemaakt tussen ondernemen en beleggen. Volgens de bewindvoerders is in de eerstbedoelde gevallen sprake van een zakelijk verband tussen de beide betrokken lichamen, dat het

¹⁰³³ D. Juch, De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting, FED Fiscale Studieresie, Kluwer, 1974, blz. 11.

rechtvaardigt winsten die zowel tot de bedrijfsresultaten van de ene als tot die van de andere onderneming behoren, binnen dezelfde belastingsfeer slechts eenmaal te treffen. Voor aandelen die zuiver als belegging worden aangehouden, is dit verband tussen de bedrijfsuitoefening van het lichaam dat de aandelen aanhoudt en die van het andere lichaam volgens de wetgever niet aanwezig. De wetgever zag geen goede redenen om beleggingen in aandelen van een willekeurige vennootschap te bevoordelen boven beleggingen in andere waardepapieren, zoals obligaties, of in onroerende goederen.¹⁰³⁴

Ook in de parlementaire stukken uit 1987 blijkt dat de staatssecretaris de verlengstukgedachte leidend acht. *“Bij het bezien van de wetshistorie en de literatuur inzake de rechtsgrond voor de deelnemingsvrijstelling is steeds sprake van een zeker evenwicht tussen twee tegenstrijdige uitgangspunten, te weten het uitgangspunt dat ieder in de wet aangewezen lichaam als zelfstandige entiteit in de heffing moet worden betrokken en het uitgangspunt dat dezelfde winst niet tweemaal in de heffing mag worden betrokken. De spanning zit in de grondslagen van de vennootschapsbelasting. Het resultaat in de deelnemingsvrijstelling wordt in de literatuur wel aangeduid als de verlengstukgedachte. Het gaat er niet om elders belaste winst in alle omstandigheden vrij te stellen, maar om elders belaste winst “eigen winst” of wel winst uit een bezit dat in lijn ligt van de normale uitoefening van de door belastingplichtige gedreven onderneming.* De staatssecretaris merkt vervolgens op dat voor zover de deelnemingsvrijstelling functioneert in de verhouding tussen een Nederlandse moeder en een buitenlandse dochter nog een extra dimensie wordt toegevoegd. Alsdan functioneert de deelnemingsvrijstelling volgens hem in de praktijk tevens als een eenzijdige maatregel ter voorkoming van dubbele belasting. De bewindsman is van mening dat die afbakening van de Nederlandse bevoegdheid tot het heffen van belasting over ondernemingswinsten door de wetgever niet uitdrukkelijk als zelfstandige rechtsgrond voor de deelnemingsvrijstelling is aangevoerd, doch daarmee wel gerechtvaardigd kan worden.¹⁰³⁵

Uit de parlementaire stukken uit 2009 blijkt echter een meer ne-bis-in-idem gedachte. De staatssecretaris merkt daar namelijk op dat *“door de dochtermaatschappij uitgedeelde winsten worden door de werking van de deelnemingsvrijstelling niet nogmaals bij de moedermaatschappij belast. Hiermee wordt zowel in binnenlandse als in internationale verhoudingen economisch dubbele belastingheffing binnen een concern voorkomen.”*¹⁰³⁶

Uit een aantal arresten van de Hoge Raad blijkt mijns inziens dat de Hoge Raad het ne-bis-in-idem beginsel voor ogen heeft als rechtsgrondslag voor de deelnemingsvrijstelling. In BNB 2002/262, BNB 2003/34, BNB 2014/80 en BNB 2017/11¹⁰³⁷ geeft de Hoge Raad in min of meer gelijke bewoordingen aan dat de deelnemingsvrijstelling er toe strekt te voorkomen dat in een deelnemingsverhouding dezelfde winst tweemaal in een belasting naar de winst wordt betrokken.

In de literatuur is druk gediscussieerd welke rechtvaardigingsgrond voor de deelnemingsvrijstelling nu sterker naar voren komt, het ne-bis-in-idem beginsel of de verlengstukgedachte en of beide elkaar uitsluiten.¹⁰³⁸ Daarnaast blijkt mijns inziens dat er ook verschillende interpretaties zijn over wat er moet worden verstaan onder en de reikwijdte van het ne-bis-in-idem beginsel en verlengstukgedachte. Juch en Van der Geld nemen bijvoorbeeld het standpunt in dat de verlengstukgedachte leidend is als grondslag van de deelnemingsvrijstelling.¹⁰³⁹ Volgens Van der

¹⁰³⁴ Kamerstukken II, 1959-1960, 6000, nr. 3, blz. 12 en 13.

¹⁰³⁵ Kamerstukken II, 1987-1988, 19968, nr. 7, blz. 4.

¹⁰³⁶ Kamerstukken II 2009-2010, nr. 32129, nr. 3, blz. 15.

¹⁰³⁷ HR 24 mei 2002, nr. 37.021, BNB 2002/262, HR 22 november 2002, nr. 36.272, BNB 2003/34 en HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, BNB 2014/80, HR 23 september 2016, nr. 15/02428, BNB 2017/11.

¹⁰³⁸ Zie bijvoorbeeld E. Aardema, De deelnemingsvrijstelling in internationaal perspectief, Belastingbeschouwingen (Christiaanse-bundel), Kluwer 1989, blz. 185, 186. J.A.G. van der Geld, De herziene deelnemingsvrijstelling, FM, nr. 20, Kluwer 1990, blz. 62, 63. J.H. Christiaanse, Belastingconsulentendag 1975, blz. 12. J. Verburg, Vennootschapsbelasting, Fiscale Handboeken nr. 4, 2^e druk, Kluwer, 2000, paragraaf 13.3.

¹⁰³⁹ D. Juch, De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting, FED Fiscale Studieresie, Kluwer, 1974, blz. 13. J.A.G. van der Geld, De deelnemingsvrijstelling, FM nr. 20, 3^e druk, Kluwer, 2011, blz. 69.

Geld heeft de wetgever blijkens de hantering van de 5% bezitseis de deelnemingsvrijstelling duidelijk niet willen baseren op het ne-bis-in-idembeginsel, maar op de verlengstukgedachte. Ook de non-voorraadeis en het afschaffen van de deelneming-door-gelijkstelling zijn indicaties dat de deelnemingsvrijstelling gebaseerd is op de verlengstukgedachte. Daar waar bij de concrete uitwerking in de wettekst van de regeling de verlengstukgedachte niet pregnant naar voren komt, liggen volgens hem fiscaal technische argumenten als uitvoerbaarheid en leesbaarheid van de regeling als verklaringsgrond daaraan ten grondslag. Juch is van mening dat de verlengstukgedachte een species is van het genus ne-bis-in-idem. Van der Geld ziet dat anders en geeft aan dat de verlengstukgedachte enerzijds beperkter is (bijvoorbeeld vanwege het 5% bezitsvereiste) en anderzijds ruimer is (bijvoorbeeld wel toepassing van de deelnemingsvrijstelling indien een actieve deelneming is gevestigd in een land waarin geen winstbelasting wordt geheven). De strekking van de deelnemingsvrijstelling ten aanzien van de buitenlandse dochtermaatschappij moet volgens Van der Geld vanuit een internationaal oogpunt worden bekeken.¹⁰⁴⁰ Van der Geld geeft aan dat de grondslag van de deelnemingsvrijstelling voor de buitenlandse dochter niet louter gevonden kan worden in de verlengstukgedachte, doch dat de inbedding in het Nederlandse internationale belastingrecht ook van wezenlijke betekenis is.

Christiaanse merkt op dat het “niet tweemaal”, het non-bis-in-idem, de leidende gedachte is geweest van de regeling van de vrijstelling (aftrek) bij de vóóroorlogse uitdelingsbelasting, maar constateert dat deze gedachte niet consequent is toegepast.¹⁰⁴¹ Snel en Van de Streek achten het ne-bis-in-idem beginsel leidend voor de deelnemingsvrijstelling.¹⁰⁴² Van de Streek wijst bijvoorbeeld op de hierboven aangehaalde jurisprudentie van de Hoge Raad waaruit volgens hem kan worden opgemaakt dat het ne-bis-in-idem beginsel als rechtsgrondslag kan worden gezien. Hij geeft aan dat er bij belangen van 5% (materieel) geen sprake is van een deelneming, waardoor de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is en er niet wordt toegekomen aan het ne-bis-in-idem beginsel. Daarnaast wijst hij er op dat als de verlengstukgedachte bepalend zou zijn, het logischer zou zijn dat de winst dan bij de moedermaatschappij geheven zou worden en niet op het niveau van de dochtermaatschappij. Met andere woorden, aan het verkeerde subject (de moeder) wordt dan een vrijstelling gegeven. Ook van Soest haalt dit argument aan. Van Soest geeft aan dat de verlengstukgedachte met betrekking tot de deelnemingsvrijstelling reeds in 1893 bij de totstandkoming van de Wet op de bedrijfsbelasting is verlaten. De aanvankelijk voorgestelde regeling in het wetsontwerp, waarbij de dochtermaatschappij vrijstelling genoot van bedrijfsbelasting voor uitdelingen aan de moedermaatschappij(en) werd namelijk gewijzigd in een vrijstelling voor de moedermaatschappij(en). Van Soest geeft dan ook de voorkeur aan de gedachte dat de deelnemingsvrijstelling berust op het ne-bis-in-idem beginsel.¹⁰⁴³ Van der Geld geeft aan dat hier tegen is aan te voeren dat indien men het concern als één geheel ziet, de primaire conclusie is dat de concernwinst slechts eenmaal in een vennootschapsbelastingheffing moet worden betrokken, maar dat het niet onlogisch is dat daar waar de winst in eerste instantie wordt behaald ook de winstbelasting wordt geheven.¹⁰⁴⁴

Een verdieping van de discussie of de deelnemingsvrijstelling is gebaseerd op ne-bis-in-idem of de verlengstukgedachte betreft de vraag of de deelnemingsvrijstelling ook zou moeten gelden als een resultaat dat de moedervennootschap behaalt niet kan worden herleid naar een resultaat dat bij de dochtervennootschap reeds in de belastingheffing is betrokken (bijvoorbeeld verkoop dochtervennootschap met goodwill). Eigenlijk zou er dan geen aanleiding zijn om de deelnemingsvrijstelling op het niveau van de moedervennootschap geheel toe te passen, omdat er

¹⁰⁴⁰ Vergelijk ook J.H. Christiaanse, Deelnemingsvrijstelling en Holdings, Belastingconsulentendag nr. 20, FED BV, 1975, blz. 13.

¹⁰⁴¹ J.H. Christiaanse, Deelnemingsvrijstelling, FM nr. 20, Kluwer, 1962, blz. 91.

¹⁰⁴² F.P.J. Snel, Van moeders en dochters, Systemen ter voorkoming van cumulatie van vennootschaptax in deelnemingssituaties (dissertatie UvA), Amersfoort: Sdu Uitgevers 2005, blz. 60-61; J.L. van de Streek in Cursus Belasting, paragraaf 2.4.O.B.f2, editie 2015.

¹⁰⁴³ A.J. van Soest, De regeling van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, FED, 1983, blz. 24.

¹⁰⁴⁴ J.A.G. van der Geld, De deelnemingsvrijstelling, FM nr. 20, Kluwer, 3^e druk 2011, blz. 68.

geen sprake is van een dubbele belasting (over het goodwill gedeelte).¹⁰⁴⁵ Ook Juch pleit er voor alleen een vrijstelling te geven voor zover de resultaten al bij de dochtervennootschap zijn belast.¹⁰⁴⁶ De wetgever heeft echter voor een objectieve benadering gekozen waarbij de moedervennootschappen gezamenlijk worden gezien.¹⁰⁴⁷

Bovenstaande analyserend, ben ik van mening dat het ontbreken van een duidelijke grondslag van de deelnemingsvrijstelling er toe leidt dat er onduidelijkheid is bij de beoordeling van de praktische uitwerking van de regeling.¹⁰⁴⁸ Zo kan het wat uitmaken of het ne-bis-in-idem beginsel of verlengstukgedachte aan de deelnemingsvrijstelling ten grondslag ligt op het moment dat de reikwijdte van de voorwaarden voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling moet worden bepaald. Met andere woorden, het niet consequent toepassen van een eenduidige rechtvaardigingsgrond van de deelnemingsvrijstelling leidt er toe dat niet of in mindere mate is voldaan aan de fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader. De wettelijke bepalingen, parlementaire stukken en literatuur omtrent de deelnemingsvrijstelling analyserend, neig ik er meer naar het ne-bis-in-idem beginsel als oorspronkelijk grondslag van de deelnemingsvrijstelling te zien, maar dat de wetgever deze omwille van het willen aanbrengen van het onderscheid ondernemen en beleggen heeft verlaten. Mijs inziens zou de Nederlandse wetgever het ne-bis-in-idem principe consequent moeten toepassen. Dit heeft tot gevolg dat éénmaal de winst en éénmaal het verlies van de dochter in aanmerking zou moeten worden genomen. Dit doet mijs inziens ook het meeste recht aan de totaalwinstgedachte en daarmee het draagkrachtbeginsel als uitvloeisel van het gelijkheidsbeginsel (de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader).

Samenhangend met de discussie over het ne-bis-in-idem en/of de verlengstukgedachte als grondslag voor de deelnemingsvrijstelling is de vraag of de liquidatieverliesregeling wel past binnen het deelnemingsvrijstellingsregime.¹⁰⁴⁹ Volgens Hofstra is de liquidatieverliesregeling een vreemd element in de deelnemingsvrijstelling en zou het beter zijn de regeling te schrappen.¹⁰⁵⁰ Als de wetgever alle positieve resultaten uit hoofde van een deelneming vrijstelt, dan behoort de wetgever volgens Hofstra hetzelfde te doen ten aanzien van alle negatieve resultaten uit hoofde van de deelneming. Ook Stevens vindt de liquidatieverliesregeling een inbreuk op het systeem van de vennootschapsbelasting en de deelnemingsvrijstelling in het bijzonder.¹⁰⁵¹ Aardema is van mening dat de verlengstukgedachte leidend is vanwege het feit dat het liquidatieverlies van de dochtermaatschappij bij de moedermaatschappij in aanmerking genomen kan worden.¹⁰⁵² Van der Geld geeft aan dat de liquidatieverliesregeling zowel vanuit het ne-bis-in-idembeginsel als vanuit de verlengstukgedachte te rechtvaardigen is. Beiden leiden tot de conclusie dat winst binnen een concern niet meermalen belast mag worden. Het is zijns inziens wel mogelijk alle winsten uit hoofde van de deelneming vrij te stellen en toch een verlies van de deelneming, dat zij zelf niet kan verrekenen, bij de moedermaatschappij in aanmerking te nemen. Dat aangesloten wordt bij liquidatie is volgens Van der Geld niet principieel, maar moet men zien vanuit de vrees van de wetgever voor meervoudige verliesverrekening binnen concern.¹⁰⁵³

¹⁰⁴⁵ Zie hierover bijvoorbeeld A.W. Hofman, Het "sluitende systeem" van de deelnemingsvrijstelling, Van der Geld Bundel, Kluwer, 2016, blz. 66.

¹⁰⁴⁶ D. Juch, De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting, FED Fiscale Studiereserie, Kluwer, 1974, blz. 87.

¹⁰⁴⁷ Kamerstukken II, 1959-1960, 6.000, nr. 3, blz. 14.

¹⁰⁴⁸ In gelijke zin J.A.G. van der Geld, De deelnemingsvrijstelling, FM nr. 20, Kluwer, 3^e druk 2011, blz. 65.

¹⁰⁴⁹ Ik merk hierbij alvast op dat deze vraag los moet worden gezien van de vraag of de liquidatieverliesregeling een adequate oplossing is (of kan zijn) voor de uitkomst van de Marks & Spencer II-zaak. Die vraag wordt in hoofdstuk 9 behandeld.

¹⁰⁵⁰ H.J. Hofstra, inflatieneutrale belastingheffing, Den Haag, Staatsuitgeverij 1978, blz. 137.

¹⁰⁵¹ L.G.M. Stevens, Wat is ongewenste handel in verlieslichamen, WFR 2000/1215.

¹⁰⁵² E. Aardema 1989, De deelnemingsvrijstelling in nationaal perspectief, in Belastingbeschouwingen (Christaansebundel), Kluwer, 1989, blz. 185-186.

¹⁰⁵³ J.A.G. van der Geld, De deelnemingsvrijstelling, FM nr. 20, Kluwer, 3^e druk 2011, hoofdstuk 6.3.1.

Als men er van uitgaat dat de liquidatieverliesregeling wel past binnen de deelnemingsvrijstelling (vanuit zowel een ne-bis-in-idem als een verlengstukgedachte), is het vervolgens de vraag of de huidige invulling van de regeling, waarbij een wiskundig berekend verlies bij de moedermaatschappij in aanmerking wordt genomen, de juiste is. Volgens de wetgever wel. In de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever voor ogen heeft dat verliezen bij de heffing van belasting zoveel mogelijk vergolden dienen kunnen te worden. Deze gedachte kan volgens de wetgever gezien worden als een uitwerking van het totaalwinstbeginsel. Zowel winsten als verliezen van een lichaam dienen gedurende zijn bestaan in aanmerking te worden genomen.¹⁰⁵⁴ Echter, het vanwege praktische redenen niet aansluiten bij de daadwerkelijke verliezen van de dochtervennootschap leidt tot onevenwichtigheden. Bij bijvoorbeeld een dochtervennootschap die met een hoge goodwill wordt verkocht ontstaat bij de nieuwe moedervennootschap in potentie een hoog liquidatieverlies, terwijl de dochtervennootschap zelf nauwelijks verliezen heeft geleden. Van der Geld wijst op het subjectieve karakter van de liquidatieverliesregeling dat eigenlijk niet past bij bovengenoemde objectieve benadering waarbij de moedervennootschappen gezamenlijk worden gezien.¹⁰⁵⁵ Hofman geeft ook aan dat als fundamenteel bezwaar tegen de regeling kan worden aangemerkt dat het liquidatieverlies dat bij de moedervennootschap wordt vergolden, doorgaans niet gelijk zal zijn aan de compensabele verliezen van de dochtervennootschap die bij liquidatie verloren gaan. Op basis van het ne-bis-in-idem beginsel zou dit volgens Hofman wel het uitgangspunt moeten zijn. Hofman¹⁰⁵⁶ wijst op de parlementaire behandeling van de herziening van de deelnemingsvrijstelling in 1988, waarbij de PvdA-fractie opmerkte dat de huidige regeling volkomen los is komen te staan van haar motivering.¹⁰⁵⁷ De liquidatieverliesverliesregeling is volgens Hofman zeer complex en zit vol met voetangels en klemmen, waardoor er tal van situaties zijn waarin een reëel geleden verlies niet in aftrek kan worden gebracht. Hofman geeft ook nog een aantal praktische kritiekpunten van de huidige invulling van de liquidatieverliesregeling. De huidige liquidatieverliesregeling leidt volgens hem tot fiscaal geïndiceerde liquidaties. Een liquidatie van een in zwaar weer verkerende, maar potentieel levensvatbare onderneming wordt beloond met een fiscale aftrekpost, terwijl een doorstart wordt ontmoedigd. Ook Bobeldijk, Akyürek & Tol gaan nader op dit laatste aspect in. Zij wijzen er op dat het niet kunnen nemen van een fiscaal aftrekbaar liquidatieverlies voor de aandeelhouders een belemmering kan vormen om aan een schuldeisersakkoord mee te werken. De auteurs komen met een (tekst)voorstel tot aanpassing van de liquidatieverliesregeling.¹⁰⁵⁸

Kort samenvattend, kan mijns inziens hier gesteld worden dat de huidige invulling van de liquidatieverliesregeling niet overeenkomt met de ratio ne-bis-in-idem en derhalve in mindere mate voldoet aan de fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader. Daarnaast kan betwijfeld worden of de liquidatieverliesregeling de fiscaal-juridische toets doorstaat; doordat niet de daadwerkelijk geleden verliezen in aanmerking worden genomen, is de regeling mogelijk niet in overeenstemming met de totaalwinstgedachte. Het argument dat de wetgever om praktische redenen een mathematische verliesberekening heeft ingevoerd vind ik te summier om de huidige liquidatieverliesregeling te kunnen rechtvaardigen. De vraag of de liquidatieverliesregeling volstaat in het licht van de Marks & Spencer II uitkomst wordt behandeld in hoofdstuk 9.2.7.

8.2.6.2 Compartimenteren

Naar aanleiding van bestudering van de parlementaire stukken, jurisprudentie en literatuur ben ik van mening dat daaruit blijkt dat het toepassen van compartimenteren in de deelnemingsvrijstelling als zodanig niet tot veel kritiek heeft geleid. In de literatuur is aanvankelijk twijfel uitgesproken over de vraag of BNB 1986/305 wel algemene gelding zou hebben, dan wel als een gelegenheidsarrest

¹⁰⁵⁴ Kamerstukken II, 1959-1960, 6.000, nr. 3, blz. 14.

¹⁰⁵⁵ J.A.G. van der Geld, De deelnemingsvrijstelling, FM, nr. 20, Kluwer, 2011, paragraaf 6.3.

¹⁰⁵⁶ A.W. Hofman, Hoog tijd voor modernisering liquidatieverliesregeling, WFR 2014/787, paragraaf 3.

¹⁰⁵⁷ Kamerstukken II, 1987-1988, 19 968, nr. 11, blz. 14.

¹⁰⁵⁸ A.C.P. Bobeldijk / T.P. Akyürek / D.T.C. Tol, Het 'dwangakkoord' is in zicht; hoog tijd om de liquidatieverliesregeling aan te passen, WFR 2018/29.

zou moeten worden beschouwd.¹⁰⁵⁹ Ook werd gewezen op de vele uitvoeringsbezwaren die een integrale toepassing van de compartimenteringsgedachte voor de praktijk meebrengt. Pauwels wijst er op dat het rechtszekerheidsbeginsel en gelijkheidsbeginsel pleiten voor compartimenteren in geval van radicale wijzigingen (en bij minder radicale wijzigingen, zoals een bescheiden tariefswijziging dus niet). Een nadeel van compartimenteren is volgens hem dat het gepaard kan gaan met extra regelgeving en dus meer complexiteit en hoge uitvoeringskosten voor zowel de overheid als de belastingplichtige.¹⁰⁶⁰ Ik ben het met Pauwels eens dat de compartimenteringsgedachte (in casu in de deelnemingsvrijstellingsregime) recht doet aan het gelijkheidsbeginsel (draagkrachtbeginsel) en rechtszekerheidsbeginsel en dat daarmee in betere mate voldaan wordt aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader.

Er is veel kritiek te vinden op de manier waarop de compartimenteringsleer binnen de deelnemingsvrijstelling tot stand is gekomen. Dit begint mijns inziens al met het punt dat als de wetgever wenst dat er wordt gecompartmenteerd, hij zelf moet zorgen voor een wettelijke basis.¹⁰⁶¹ De Hoge Raad wees de wetgever hierop in BNB 2013/177. De wetgever reageerde op het arrest met op sommige punten bijzonder gedetailleerde wetgeving (de Wet compartimenteringsreserve) om de compartimenteringsleer vast te leggen. Mijns inziens kan het falen van de wetgever om (tijdig) te zorgen voor rechtsregels gezien worden dat op dit punt in mindere mate is voldaan aan de fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader. De overheid heeft lange tijd niet de juiste keuze gemaakt door (regel)compartimentering niet wettelijk te regelen.

De voornaamste kritiekpunten op de *invulling* van de compartimenteringsleer, de Wet compartimenteringsreserve, betreffen de onnodige ingewikkeldheid van de wet, het technische karakter, de materiële terugwerkende kracht en de mogelijke inbreuk op het EU-recht.¹⁰⁶² Mijns inziens betekenen deze kritiekpunten dat niet of in mindere mate is voldaan aan de fiscaal-beleidsanalytische toets, fiscaal-juridische toets en fiscaal-wetstechnische toets uit mijn toetsingskader.

Een voorbeeld van onnodige ingewikkeldheid is mijns inziens bijvoorbeeld dat er geen keuzemogelijkheid is voor de belastingplichtige om al dan niet direct af te rekenen over een bestaande claim bij sfeerovergang. Volgens de staatssecretaris past dit niet bij het vormen van de compartimenteringsreserve.¹⁰⁶³ Ik acht deze benadering onterecht, gezien bijvoorbeeld de soortgelijke regeling in art. 13ba Wet VPB 1969 (opwaarderingsreserve) waar de belastingplichtige wel een keuzemogelijkheid heeft. Daarnaast kan het voor belastingplichtige gunstiger zijn om direct af te rekenen op het moment dat er nog verliezen zijn te verrekenen.¹⁰⁶⁴ Daarnaast is het opvallend

¹⁰⁵⁹ Het arrest wordt bijvoorbeeld door de volgende schrijvers als een gelegenheidsarrest betiteld: D. Juch, noot onder HR 2 juli 1986, FED 1986/1255, C. van Raad, Verkeerde neigingen, in: Van Dijck-bundel, FED 1988, blz. 293-295 en A-G Verburg in zijn conclusie voor HR 19 juni 1991, nr. 26 102, BNB 1991/268 c.

¹⁰⁶⁰ M.R.T. Pauwels, Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen 2009/13/01, paragraaf 11.13.2.

¹⁰⁶¹ Zie hierover ook F.P.J. Snel, Deelnemingsvrijstelling: goede bedoelingen, weinig visie en nog enkele knelpunten, WFR 2006/787, paragraaf 3.4.2. Hij is van mening dat dat compartimentering een te belangrijk onderwerp is om louter aan rechtersrecht over te laten. Het zou volgens hem beter zijn om met een wettelijke regeling te komen.

¹⁰⁶² Zie onder andere de Kamerstukken II, 2013-2014, 33 713, nr. 6, blz. 7 en Kamerstukken I, 2014-2015, 33 713, nr. C, blz. 1-4; W.F.E.M. Egelie, Compartimenteren: 'leuk', NTFR-B 2015/30; M.H.C. Ruijschop, Compartimenteringsmoeras, NTFR-A 2013/19, paragraaf 6; J.J. den Broek, De compartimenteringsreserve na de tweede nota van wijziging: lees maar, er staat niet wat er staat, NTFR 2015/2252; L.P. Cats/B. Suvaal, Creatief met compartimenteren, WFR 2014/180; W.R. Kooiman en M.H.C. Ruijschop, Compartimenteren met reserve, TFO 2014/132.3; C.P.A.M. Bastings/J. van Strien, De terugwerkende kracht in het wetsvoorstel compartimenteringsreserve, NTFR-A 2014/17.

¹⁰⁶³ Kamerstukken II, 2013-2014, 33 713, nr. 6, blz. 6.

¹⁰⁶⁴ Wellicht dat de belastingplichtige zelf kan besluiten om vlak voor sfeerovergang het belang te herwaarderen naar waarde in het economische verkeer. Mij lijkt op basis van HR 14 juni 1978, nr. 18.405, BNB 1979/181,

dat de omvang van de compartimenteringsreserve niet wordt vastgesteld bij een voor bezwaar vatbare beschikking. Dit betekent dat formele mogelijkheden ontbreken om in het jaar van de sfeerovergang de grootte van de reserve in rechte vast te stellen. De staatssecretaris acht dit niet nodig, omdat het wetsvoorstel in zijn optiek een codificatie inhoudt van de bestaande praktijk van zowel voor als na het arrest van 14 juni 2013. Gezien het feit dat voor de feitencompartimentering geen voor bezwaar vatbare beschikking wordt afgegeven, ziet de staatssecretaris geen aanleiding om een dergelijke regeling op te nemen in de wet. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid kan hier ook anders over worden gedacht.

Een voorbeeld van het technische karakter (en ingewikkeldheid) betreft naar mijn mening de gekozen systematiek bij het vormen en de vrijval van de compartimenteringsreserve en de verschillende benadering van de belaste compartimenteringsreserve (wel op de fiscale balans) en onbelaste compartimenteringsreserve (niet op de fiscale balans).

In de literatuur zijn (mijns inziens terecht) door veel auteurs kritische kanttekeningen geplaatst bij de materieel terugwerkende kracht van de wet.¹⁰⁶⁵ De NOB geeft bijvoorbeeld aan ernstige bezwaren te hebben tegen de in eerste instantie opgenomen onbeperkte materiële terugwerkende kracht in de voorgestelde regeling, in het bijzonder het gevolg dat zelfs de belastingplichtige in kwestie geen profijt heeft van het arrest. Dienaangaande merkte de NOB op dat dit "de grondvesten van onze rechtsstaat raakt en dringt [de NOB] er op aan dat er wordt voorzien in eerbiedigende werking voor alle deelnemingsvoordelen die vóór 14 juni 2013 zijn gerealiseerd".¹⁰⁶⁶ De staatssecretaris zag geen reden om het overgangsrecht te wijzigen. Op de vraag waarom niet alleen sfeerovergangen vanaf 14 juni 2013 onder de Wet compartimenteringsreserve vallen, geeft de staatssecretaris als toelichting dat dit tot een budgettaire derving zou leiden en dat belastingplichtigen van aanvang aan wisten dat de staatssecretaris van mening was dat er gecompartmenteerd zou moeten worden, aangezien die opvatting verkondigd was tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werken aan winst. De staatssecretaris herstelt door middel van formele en materiële terugwerkende kracht zijn opvatting.¹⁰⁶⁷ De parlementaire behandeling in de Eerste Kamer ging (naast een aantal technische vragen) voornamelijk over de formele en materiële terugwerkende kracht van het wetsvoorstel.¹⁰⁶⁸ Uiteindelijk is de staatssecretaris toch deels overstag gegaan en heeft hij toegezegd dat belastingplichtigen die voordeel hebben bij het arrest van de Hoge Raad van 14 juni 2013, zich op het arrest kunnen beroepen voor zover sprake is van een realisatie van een belang en zich ter zake van dat belang vóór 1 januari 2007 een sfeerovergang heeft voorgedaan als gevolg van een wetswijziging.

In de parlementaire geschiedenis en literatuur verschenen er ook vragen over de verenigbaarheid van de Wet compartimenteringsreserve met het EU-recht. De staatssecretaris geeft aan dat de Wet

HR 22 januari 1997, nr. 31.748, BNB 1997/101 en HR 10 juli 2015, nr. 14/03102, BNB 2015/180 waardering van een deelneming die onder de deelnemingsvrijstelling valt tegen de waarde in het economische verkeer te zijn toegestaan. In gelijke zin L.G.C. Sahin, De compartimenteringsreserve heeft de eindstreep gehaald, MBB 2015/09, paragraaf 5.1.

¹⁰⁶⁵ Commissie wetsvoorstellen NOB, Brief van 14 oktober 2013, punt 1.1; M.H.C. Ruijschop, Een fiscaal multiversum, WFR 2014/216 en W.R. Kooiman/M.H.C. Ruijschop, Het nieuwe compartimenteren, WFR 2013/1282, onderdeel 6 en onderdeel 8. L.G.C. Sahin/W.C.M. Martens, De compartimenteringsreserve, MBB 2014/01/03, paragraaf 3 en L.P. Cats/B. Suvaal, Creatief met compartimenteren, WFR 2014/180, paragraaf 4.3. W.R. Kooiman/M.H.C. Ruijschop, Compartimenteren met reserve, TFO 2014/132.3, paragraaf 4. C.P.A.M. Bastings/J. van Strien, De terugwerkende kracht in het wetsvoorstel compartimenteringsreserve, NTFR-A 2014/17.

¹⁰⁶⁶ Commissie wetsvoorstellen NOB, Brief van 14 oktober 2013, punt 2.13.

¹⁰⁶⁷ Kamerstukken II, 2013-2014, 33 713, nr. 6, blz. 7; Kamerstukken I 2014/15, 33 713, nr. E, blz. 2. Albert is met de medewetgever van mening dat de terugwerkende kracht verdedigbaar is en terecht. Wat betreft de feitencompartimentering is de jurisprudentie van de Hoge Raad gecodificeerd. Van materieel terugwerkende kracht is volgens hem alleen sprake bij regelcompartimentering en de wetgever heeft bij de wijziging van art. 13 Wet VPB 1969 per 1 januari 2007 en 1 januari 2010 nadrukkelijk aangegeven dat ook regelcompartimentering geboden was. P.G.H. Albert, Wetsvoorstel 33 713 (Wet compartimenteringsreserve), NTFR-A 2014/1, paragraaf 2.

¹⁰⁶⁸ Kamerstukken I, 2014-2015, 33 713, nr. C, blz. 1-4 en Kamerstukken I, 2014-2015, 33 713, nr. E, blz. 1-2.

compartimenteringsreserve in de visie van het kabinet in overeenstemming is met het EU-recht en dat derhalve in de memorie van toelichting geen EU-paragraaf is opgenomen.¹⁰⁶⁹ Mijns inziens is het evident dat er wel degelijk EU-aspecten kleven aan de compartimenteringsregeling.¹⁰⁷⁰ Alleen al de vraag of ten principale compartimentering onder de Moeder-dochterrichtlijn is toegestaan, is niet expliciet beantwoord. Op grond van de letterlijke tekst van de Richtlijn zou het standpunt ingenomen kunnen worden dat compartimentering niet is toegestaan, omdat de Richtlijn aansluit bij het tijdstip van de dividenduitkering als zodanig. De compartimenteringsreserve zou derhalve in strijd kunnen zijn met de Moeder-dochterrichtlijn.¹⁰⁷¹ De staatssecretaris ziet geen mogelijk conflict met de Moeder-dochterrichtlijn. Het moment waarop het belang geheel of voor een deel niet meer behoort tot het vermogen van de belastingplichtige, dan wel het moment van eerdere belaste realisatie, wordt volgens hem immers alleen aangegrepen om het belastinguitstel met betrekking tot de winst bij sfeerovergang te bepalen. Vanuit EU-rechtelijk oogpunt zou volgens de staatssecretaris immers ook zijn toegestaan om bij sfeerovergang over een bestaande claim direct te heffen.¹⁰⁷²

Albert, Kavelaars, Kooiman en Ruijschop ondernamen een poging om de wetgever - tijdens het parlementaire proces rondom de Wet compartimenteringsreserve op andere gedachten te brengen door een alternatief wetsvoorstel te publiceren.¹⁰⁷³ De auteurs doen daarin een voorstel voor een eenvoudigere wettelijke regeling en het overlaten van een verdere uitwerking aan de Hoge Raad. De staatssecretaris heeft uiteindelijk niets met het alternatief wetsvoorstel gedaan en het parlement heeft dat gevolgd.

Kort samenvattend is er mijns inziens niets mis met het toepassen van de compartimenteringsleer in de deelnemingsvrijstelling en het wettelijk vastleggen en uitschrijven van regels omtrent deze leer (in plaats van een verdere uitwerking over te laten aan de Hoge Raad). Dat brengt gelijkheid en de nodige rechtszekerheid voor de belastingplichtige met zich mee (vergelijk de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader). Wel zou het naar mijn mening voor de hand hebben gelegen dat de wetgever meer oog zou hebben gehad voor de hierboven vermelde discussiepunten en aangedragen oplossingen bij de Wet compartimenteringsreserve. Met andere woorden, er zou mijns inziens beter voldaan kunnen worden aan de fiscaal-beleidsanalytische en fiscaal-wetstechnische toets uit mijn toetsingskader.

8.3 Duitsland

8.3.1 Historische ontwikkeling

In Duitsland werd de winstbelasting op lichamen tot 1920 geregeld in de inkomstenbelasting. Ook in de inkomstenbelasting was al een *Schachtelprivileg* terug te vinden. De eerste *Körperschaftsteuer* als zelfstandige belasting dateert van 1920 (zie ook hoofdstuk 3.3.2), waarin was geregeld dat bij een aandelenbezit van 20% een vrijstelling gold. In 1925 werd dit bezitspercentage verhoogd naar 25. Wettelijk gezien gold de deelnemingsvrijstelling vanaf dit percentage voor zowel binnenlandse als buitenlandse dochtermaatschappijen. Het *Reichsfinanzhof* nam echter het standpunt in dat dit in strijd zou zijn met het doel van de deelnemingsvrijstelling en gaf aan dat de deelnemingsvrijstelling alleen ziet op binnenlandse deelnemingen. Christiaanse leidt uit die jurisprudentie af dat Duitsland niet eenzijdig voor alle gevallen dividenden van buitenlandse dochters moest vrijstellen, maar dat alleen moest doen in het kader van een belastingverdrag. In 1934 werd uitvoerig gediscussieerd over het wel of niet afschaffen van de deelnemingsvrijstelling. De deelnemingsvrijstelling werd

¹⁰⁶⁹ Kamerstukken II, 2013-2014, 33 713, nr. 6, blz. 7-8.

¹⁰⁷⁰ In gelijke zin W.R. Kooiman/M.H.C. Ruijschop, Compartimenteren met reserve, TFO 2014/132.3. paragraaf 5.

¹⁰⁷¹ Zie ook de Commissie Wetsvoorstellen NOB in de Brief van 14 oktober 2013 aan de Vaste commissie voor Financiën van de Tweede Kamer, punt 2.14 en W.R. Kooiman/M.H.C. Ruijschop, Het nieuwe compartimenteren, WFR 2013/1282, paragraaf 6.; M.H.C. Ruijschop, Tweede nota van wijziging wetsvoorstel 'compartimenteringsreserve', NTFR 2014/1579; L.P. Cats en B. Suvaal, Compartimenteren maakt creatief, WFR 2014/846, paragraaf 2.2.

¹⁰⁷² Kamerstukken II, 2013-2014, 33 713, nr. 6, blz. 8.

¹⁰⁷³ P.G.H. Albert e.a., Compartimenteren zonder reserve, WFR 2014/1124.

gehandhaafd mede vanwege het motief dat anders te veel reuze ondernemingen zouden ontstaan en omdat anders een aanzienlijke meer-belasting van ondernemingen zou ontstaan. Wel werd de jurisprudentie uit de jaren twintig omgezet in wetgeving, inhoudende dat de deelnemingsvrijstelling alleen in binnenlandse verhoudingen gold. Christiaanse geeft aan dat investeringen in het buitenland niet werden toegejuicht c.q. bevorderd vanwege het nationaalsocialisme en dat Duitsland veel minder dan Nederland aan het internationale zakenleven deelnam.¹⁰⁷⁴

Tot 1977 veranderden de voorwaarden en uitwerking van de deelnemingsvrijstelling op hoofdlijnen nauwelijks. De deelnemingsvrijstelling was van toepassing ten aanzien van binnenlandse dividenden (vervreemdingswinsten en -verliezen waren niet vrijgesteld) indien een Duitse *Kapitalgesellschaft* minimaal een jaar lang ten minste een belang had van 25% in een andere Duitse *Kapitalgesellschaft*. Een systematisch wezenlijke verandering kwam in 1977 toen het klassieke systeem werd vervangen door een systeem van volledige integratie (*Vollanrechnungsverfahren*).¹⁰⁷⁵ Dit betekende dat de *Körperschaftsteuer* daarbij fiscaal behandeld werd als een voorheffing bij de aandeelhouder. Dit hield met andere woorden in dat economisch dubbele belasting op uitgekeerde winst werd opgeheven door een verrekening van de vennootschapsbelasting met de door de aandeelhouder verschuldigde belasting, hetzij inkomstenbelasting, hetzij vennootschapsbelasting. Doordat het *Vollanrechnungsverfahren* ook in de *Körperschaftsteuer* gold, voorkwam het in binnenlandse verhoudingen meervoudige heffing van winstbelasting.

In 1993 werd §8b KStG¹⁰⁷⁶ ingevoerd; deze bepaling gold alleen voor dividenden en vervreemdingswinsten verkregen van buitenlandse vennootschappen.¹⁰⁷⁷ De Duitse wetgever wilde het opgelopen concurrentienadeel voor Duitse houdstermaatschappijen en vaste inrichtingen ten opzichte van andere industrielanden, met name EU-landen, teniet doen.¹⁰⁷⁸

De huidige deelnemingsvrijstelling in Duitsland bestaat op hoofdlijnen sinds 2001.¹⁰⁷⁹ De invoering van een deelnemingsvrijstelling (vrijstellingsmethode) voor zowel binnenlandse als buitenlandse dochtermaatschappijen in plaats van een verrekening hangt samen met de keuze in 2001 voor het klassieke systeem (zie hierover uitgebreid hoofdstuk 3.3.3). Deze wijziging in de vennootschapsbelasting zorgde ervoor dat de deelnemingsvrijstelling voortaan ook van toepassing werd verklaard op binnenlandse dochtermaatschappijen. Alleen op die manier kon dubbele, meervoudige belasting vermeden worden.¹⁰⁸⁰ De regering gaf onder meer als argument dat het verrekenstelsel te gecompliceerd was en te gevoelig voor misbruik. Daarnaast werd er gezocht naar financiering voor de continuerende verlaging van het VPB-tarief.¹⁰⁸¹ Het voornaamste argument om het verrekenstelsel te vervangen was echter vanwege het Europese recht. Alleen binnenlands belastingplichtigen hadden recht op een verrekening wat als een duidelijke inbreuk op het EU-recht werd gezien. De vervanging van het volledige verrekeningsstelsel door een klassiek systeem waarbij forfaitair rekening wordt gehouden met de dubbele belasting (op grond van het *Halbeinkünfteverfahren* op het niveau van natuurlijke personen) werd in de Duitse literatuur aangemerkt als een systematische teruggang.¹⁰⁸²

Vanaf 2001 is §8b KStG qua ratio en doel ingrijpend gewijzigd. Voortaan werden zowel binnenlandse als buitenlandse dividenden onder de deelnemingsvrijstelling gebracht. Voor vermogenswinsten gold de deelnemingsvrijstelling ook, zij het dat op het moment van verkoop de aandelen minstens

¹⁰⁷⁴ J.H. Christiaanse, Deelnemingsvrijstelling, FM nr. 20, Kluwer, 1962, blz. 74.

¹⁰⁷⁵ *Körperschaftsteuer*, 31-08-1976 (BStB1. I 1976, 445).

¹⁰⁷⁶ StandOG v. 13. 9. 1993 (BGBl. I 1993, 1596).

¹⁰⁷⁷ Voor binnenlandse vennootschappen was immer het verrekenstelsel van toepassing.

¹⁰⁷⁸ Gosch in Gosch, *Körperschaftsteuergesetz*, 3e Auflage 2015, §8b, Rz. 1.

¹⁰⁷⁹ StSenKG, 23 oktober 2000, BGBl. I 00, 1433.

¹⁰⁸⁰ Gosch in Gosch, *Körperschaftsteuergesetz*, 3e Auflage 2015, §8b, Rz.1.

¹⁰⁸¹ 15 februari 2000, BT-Drucks. 14/2683, blz. 132 e.v.

¹⁰⁸² Zie o.a. J. Hey in Tipke/Lang¹⁹, *Steuerrecht*, §11, Rz. 16. Op initiatief van T. Siegel deden in totaal 78 professoren een oproep om de vervanging van het verrekenstelsel tegen te gaan. "Verteidigt das Anrechnungsverfahren gegen unbedachte Reformen!"

onafgebroken één jaar in het bezit van de belastingplichtige moesten zijn geweest. De overgang van het verrekenstelsel naar het klassieke stelsel ging gepaard met uitgebreid overgangsrecht (zie ook hoofdstuk 8.3.6).

Vanaf 22 december 2003 is de objectieve vrijstelling ten aanzien van dividenden en vervreemdingswinsten effectief beperkt tot 95% ten aanzien van zowel binnenlandse als buitenlandse dochtermaatschappijen. Er wordt aangenomen dat 5% als fictieve kosten samenhangen met de desbetreffende deelneming. Daarvóór gold deze fictieve kostentoerekening alleen voor buitenlandse dochtermaatschappijen, hetgeen Europeesrechtelijk niet door de beugel kon.¹⁰⁸³

Vanaf 13 december 2006 werd een regeling ingevoerd die er voor zorgde dat de deelnemingsvrijstelling op (verkapte) dividenden alleen van toepassing is voor zover deze niet in aftrek zijn gekomen op het inkomen van de uitkerende vennootschap (*Korrespondenzprinzip*).¹⁰⁸⁴ Op 26 juni 2013 is deze regeling uitgebreid en geldt dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is ten aanzien van voordelen uit een dochtermaatschappij voor zover desbetreffend voordeel in aftrek is gekomen bij de uitkerende vennootschap.¹⁰⁸⁵

Per 1 januari 2013 is er een bezitsvereiste ingevoerd voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling op dividenden. De deelnemingsvrijstelling geldt niet ten aanzien van dividend dat na 28 februari 2013 wordt uitgekeerd indien de belastingplichtige onmiddellijk minder dan 10% bezit in het grond- of stamkapitaal (§8b, Abs. 4 KStG). De bezitsei is ingevoerd als oplossing voor een uitspraak van de Europese Hof van Justitie over het niet kunnen verrekenen door buitenlandse aandeelhouders van Duitse dividendbelasting. In hoofdstuk 8.3.3. zal de bezitsei nader worden toegelicht.

8.3.2 Ratio

In de periode 1977 tot 2001 kende Duitsland ten aanzien van binnenlandse dochtermaatschappijen het verrekenstelsel. In de periode 1977 tot 1993 gold dit verrekenstelsel ook ten aanzien van buitenlandse dochtermaatschappijen. Vanaf 1993 switchte Duitsland voor de buitenlandse dochtermaatschappij naar een vrijstellingsmethode en sinds 2001 geldt dit ook voor de binnenlandse dochtermaatschappij. Zoals in hoofdstuk 8.3.1 al is aangegeven, hing dit laatste samen met de (her)invoering van het klassieke stelsel. Volgens Gosch kan door die wijziging niet langer volgehouden worden dat de deelnemingsvrijstelling als een privilege of belastingsubsidie voor lichamen moet worden beschouwd. De ratio van de deelnemingsvrijstelling veranderde in het voorkomen van economische dubbele belasting.¹⁰⁸⁶ In de parlementaire geschiedenis¹⁰⁸⁷ en literatuur¹⁰⁸⁸ wordt dit ook wel verwoord als het voorkomen van meervoudige heffing van *Körperschaftsteuer*. Niet iedereen was er van overtuigd dat ook vermogenswinsten onder de deelnemingsvrijstelling zouden moeten vallen. Dit werd ook wel gezien als een privilege ten opzichte

¹⁰⁸³ De Duitse wetgever heeft - mede gezien het Bosal-arrest en Keller Holding arrest (HvJ EG 18 september 2003, nr. C-168/01, BNB 2003/344 (Bosal) en HvJ EG 18 september 2003, nr. C-471/04 (Keller Holding)) de ongelijke behandeling weggenomen door het forfait ook van toepassing te verklaren op binnenlandse dochtermaatschappijen. Zie ook BFH, BStBl. 2007, 279.

¹⁰⁸⁴ JStG 2007, 13 december 2006, BGBl. I 06, 2878.

¹⁰⁸⁵ AmtshilfeRLUMsG, 26 juni 2013, BGBl. I 13, 1809.

¹⁰⁸⁶ Gosch in Gosch, Körperschaftsteuergesetz, 3e Auflage 2015, §8b, Rz.1. Vandaar dat de deelnemingsvrijstelling in Duitsland ook wel aangeduid werd als *Schachtelprivileg*. In de praktijk wordt deze term vaak nog steeds gebruikt, hetgeen dus niet geheel fiscaal zuiver is. In gelijke zin geeft Van Lishaut aan dat er geen sprake is van het opgeven van belastingopbrengst (of van een belastingcadeau), maar van een technische voorkoming van meervoudige belasting. I. van Lishaut, Die Reform der Unternehmensbesteuerung aus Gesellschaftersicht, StuW 2/2000, blz.192.

¹⁰⁸⁷ 15 februari 2000, BT-Drs. 14/2683, blz.95 e.v.

¹⁰⁸⁸ Zie o.a. J. Hey in Tipke/Lang²², Steuerrecht, §11, Rz.13, Rz.40 en Gosch in Gosch, Körperschaftsteuergesetz, 3e Auflage 2015, §8b, Rz.1.

van de personenvennootschappen, het zou misbruik in de hand werken¹⁰⁸⁹ en het was de vraag of het terecht was nog niet belaste stille reserves, of bijvoorbeeld beursresultaten, vrij te stellen omdat daarmee inbreuk gemaakt wordt op het zogenoemde *Individuelsteuerprinzip*.¹⁰⁹⁰

In Duitsland wordt zowel de vrijstellingsmethode als de verrekeningsmethode toegepast ter voorkoming van dubbele belasting.¹⁰⁹¹ In sommige gevallen (kort gezegd bij "actieve belaste activiteiten") wordt dus kapitaalimportneutraliteit nagestreefd en in de overige gevallen kapitaalexportneutraliteit.¹⁰⁹² In Duitsland is historisch gezien de verrekeningsmethode de hoofdmethode ter voorkoming van dubbele belasting. Dit uit zich in de huidige wetgeving in de bepalingen ter voorkoming van dubbele belasting (bij bijvoorbeeld vaste inrichtingen). Uit §26 KStG jo. §34c EStG blijkt dat Duitsland nationaal in principe als hoofdmethode de verrekeningsmethode hanteert en daarmee kapitaalexportneutraliteit nastreeft.¹⁰⁹³ Dit betekent dat de winst van een in het buitenland gevestigde dochter bij uitkering ten volle wordt belast in Duitsland waar de moedermaatschappij is gevestigd. De moedermaatschappij kan de in het buitenland geheven belasting bij de dochter in mindering brengen op (verrekenen met) de door haar - over het wereldinkomen - verschuldigde belasting.¹⁰⁹⁴

Echter in het huidige systeem geldt ten aanzien van dividenden uit en vermogenswinsten op deelnemingen een deelnemingsvrijstelling (vrijstellingsmethode). Ook in de door Duitsland afgesloten belastingverdragen wordt ten aanzien van bepaalde inkomsten (bijvoorbeeld deelnemingsdividenden, of winsten van een vaste inrichting in het buitenland) dubbele belasting voorkomen door toepassing van de vrijstellingsmethode. Ten aanzien van toepassing van de deelnemingsvrijstelling en het verdragsbeleid is het uitgangspunt derhalve kapitaalimportneutraliteit.¹⁰⁹⁵ Duitsland hanteert daarbij echter een strikt fiscaal verdragsbeleid met allerlei zogenaamde *switchover* en *subject-to-tax* clauses. Inkomsten uit een ander land worden in Duitsland niet vrijgesteld als de inkomsten in het andere land niet of tegen een - door het verdrag - verlaagd tarief worden belast.¹⁰⁹⁶ Ook als de inkomsten in de andere staat slechts zijn vrijgesteld omdat de ontvanger in deze staat niet binnenlands belastingplichtig is, worden de inkomsten niet vrijgesteld.¹⁰⁹⁷

Daarnaast kent Duitsland al sinds 1972 CFC-wetgeving (zie hierover hoofdstuk 8.3.3.3.1), hetgeen in wezen het nastreven van kapitaalexportneutraliteit betekent. Het toepassen van CFC-wetgeving leidt er toe dat het inkomen van een laagbelaste buitenlandse (passieve) dochtermaatschappij geacht wordt als dividend te zijn uitgekeerd aan de binnenlandse moedermaatschappij. Eventuele dubbele belasting wordt voorkomen door de verrekeningsmethode.

¹⁰⁸⁹ Zie 14 februari 2000, BT-Drs. 90/2/00, blz. 2 en 16 mei 2000, BT-Drs. 14/3366, blz.114. Zie hierover ook T. Ebel, *Steuerfreie Anteilsveräusserung und ergebniskompensatorische Sicherung*, FR 9/2014, blz. 410.

¹⁰⁹⁰ J. Hey in Tipke/Lang²², *Steuerrecht*, §11, Rz.14.

¹⁰⁹¹ Voor een uiteenzetting van het begrip dubbele (juridische of economische) belasting zie ook R.G. Prokisch, *Steuerermäßigung bei ausländischen Einkünften (§34c EStG)*, A. Allgemeiner Teil, in P. Kirchhof/H. Söhn/R. Melllinghoff (Eds.), *Einkommensteuergesetz Kommentar*, blz. 1-56, Heidelberg: C.F. Müller Verlag.

¹⁰⁹² Zie ook Jacobs/Endes/Spengel, *Internationale Unternehmensbesteuerung*, 8. Aufl. 2016, hoofdstuk 3, onderdeel IV, blz. 27.

¹⁰⁹³ Zie ook Desens in Hermann/Heuer/Raupach, *Einf. KSt*, Anm.115.

¹⁰⁹⁴ Zie ook J. Lüdicke, *Germany: Exemption and Tax Credit in German Tax Treaties - policy and reality*, *Bulletin for International Taxation*, 2010, volume 64, nr. 12, paragraaf 2.

¹⁰⁹⁵ J. Lüdicke, *Germany: Exemption and Tax Credit in German Tax Treaties - policy and reality*, *Bulletin for International Taxation*, 2010, volume 64, nr. 12, paragraaf 3.2.3.1.

¹⁰⁹⁶ I. Berger, *Zakendoen in Duitsland*, 2013, Hoofdstuk V.3.2.

¹⁰⁹⁷ Dit leidt tot een zogenoemde Treaty-override. Het Bundesfinanzhof kwam tot de conclusie dat een treaty-override in beginsel niet in strijd komt met de Duitse Grondwet. Zie hierover A. Cloer en T. Hagemann, *Germany: constitutionality of treaty override*, *European Taxation*, 2016, volume 56, no. 7. Voor een uitgebreid onderzoek over Treaty-override verwijst ik naar C. de Pietro, *Tax treaty override*, *Eucotax series on European Taxation*, Kluwer, 2014.

8.3.3 De huidige voorwaarden

8.3.3.1 Kwalificerende moeder-dochterverhouding - bezitseis

De Duitse deelnemingsvrijstelling is neergelegd in §8b KStG. De bepaling kende tot 2013 geen voorwaarden voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling. §8b KStG gaat er in beginsel van uit dat de winst op het niveau van de dochtervennootschap al is belast, zonder dit als voorwaarde te stellen.¹⁰⁹⁸ De deelnemingsvrijstelling is van toepassing ten aanzien van alle onbeperkt en beperkt aan de vennootschapsbelasting onderworpen subjecten. Er werd tot 1 januari 2013 in beginsel dus geen rekening gehouden met (voorwaarden gesteld ten aanzien van) de rechtsvorm, aard van de inkomsten, manier van uitkeren of activiteit, tenzij dit uitdrukkelijk was gemeld in de wet. De deelnemingsvrijstelling is bijvoorbeeld expliciet uitgesloten voor krediet - en financieringsverleningsinstituten, financieringsondernemingen, levens - en ziekenfondsondernemingen als ook pensioenfondsen (zie §8b, Abs. 7-9 KStG). Met name het uitsluiten van financieringsondernemingen wordt in Duitsland kritisch gezien, aangezien het begrip breed uitgelegd kan worden.¹⁰⁹⁹ Uit jurisprudentie is af te leiden dat ook houdster - of financieringslichamen die kortstondig aandelen bezitten die zijn bestemd voor de doorverkoop (*Eigenhandelserfolg*) zijn uitgesloten van de deelnemingsvrijstelling.¹¹⁰⁰ In de praktijk rijst de vraag wanneer er sprake is van een houdster - of financieringsmaatschappij in de zin van §8b, Abs. 7 KStG.¹¹⁰¹ Het antwoord hierop is nog steeds niet eenduidig door de wetgever of rechter gegeven.

In 2013 is de deelnemingsvrijstelling in Duitsland aangepast. Voortaan geldt de deelnemingsvrijstelling niet ten aanzien van dividend dat na 28 februari 2013 wordt uitgekeerd indien de belastingplichtige aan het begin van het kalenderjaar onmiddellijk minder dan 10% bezit in het grond- of stamkapitaal (§8b, Abs. 4 KStG). Ten aanzien van deze door de Duitse wetgever aangemerkte beleggingsdividenden (*Streubesitzdividend*) wordt de deelnemingsvrijstelling uitgesloten.¹¹⁰² De voorwaarde dat er een minimumbelang moet zijn in de dochtervennootschap geldt niet voor vervreemdingswinsten. De reden waarom er een bezitseis is ingevoerd voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling is vanwege een Europese ongelijke behandeling tussen een Duitse (dividend ontvangende) aandeelhouder en buitenlandse (dividend ontvangende) aandeelhouder. De belastingdruk op dividenden, ontvangen door een binnenlandse aandeelhouder uit aandelenbelangen van minder dan 10%, was lager dan in vergelijkbare gevallen waarin sprake was van een buitenlandse aandeelhouder. Een binnenlandse moedermaatschappij kan de ingehouden bronheffing op dividenden verrekenen met de verschuldigde *Körperschaftsteuer*, voor zover de inkomsten waarop deze dividendbelasting is geheven onder de deelnemingsvrijstelling van §8b KStG vallen. Indien er sprake was van verliezen, werd de ingehouden bronheffing die niet verrekend kon worden terugbetaald (§31, Abs. 1 KStG jo. §36, Abs. 2 en Abs. 4 EStG). Buitenlandse moedermaatschappijen die minder dan 10% van de aandelen in een dochtermaatschappij bezitten, voldoen niet aan de in de Moeder-dochterrichtlijn gestelde bezitseis van 10%, waardoor zij geen verzoek kunnen doen tot het afzien van het inhouden van bronheffing (§43b Abs. 1 en Abs. 2 EStG). De buitenlandse moedermaatschappij kan de ingehouden bronheffing ook niet verrekenen. De buitenlandse moedermaatschappij wordt namelijk als beperkt belastingplichtige voor de *Körperschaftsteuer* aangemerkt, waardoor de bronheffing als eindheffing geldt (§2 jo. §32, Abs. 1 KStG). Het Europese Hof van Justitie oordeelde dat deze ongelijke behandeling in strijd was met het Europese recht.¹¹⁰³ De Duitse wetgever koos als oplossing voor het invoeren van een bezitseis van 10% voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling op dividenden. Binnenlandse aandeelhouders met een belang van onder de 10% krijgen hierdoor voortaan geen verrekening meer, waardoor

¹⁰⁹⁸ Gosch in Gosch, *Körperschaftsteuergesetz*, 3e Auflage 2015, §8b, Rz.13 en 25.

¹⁰⁹⁹ Vergelijk Desens in Hermann/Heuer/Raupach, Einf. KSt, Anm.95.

¹¹⁰⁰ Zie BFH, 14.01.2009, I R 36/08. Zie hieromtrent uitgebreid C. Löffler/C. Hansen, Zur Reichweite von §8b, Abs. 7, S.2 KStG nach dem BFH-Urteil, 14.1.2009, I R 36/08, DStR 2009, 635, DStR 2009, 1135.

¹¹⁰¹ M.L. Haisch/E. Bindl, Rechtsprechungs-Update zur Besteuerung von Finanzunternehmen, Ubg 10/2012, blz. 667-671.

¹¹⁰² Zie voor een uitgebreide uiteenzetting A.S. Bolik/ D.Zöller, Unterjähriger Hinzuerwerb von Beteiligungen im Rahmen des §8b Abs. 4 KStG, DStR 2014, blz. 782.

¹¹⁰³ HvJ EU 20 oktober 2011, nr. C-284/09 (Commissie/Duitsland).

binnenlandse en buitenlandse aandeelhouders weer op een gelijke manier worden behandeld. Er is kritiek op de regeling aangezien het een inbreuk maakt op de ratio van de deelnemingsvrijstelling.¹¹⁰⁴ Het is mijns inziens ook vreemd dat de Duitse wetgever er voor gekozen heeft om een Europeesrechtelijk probleem ten aanzien van het (niet) kunnen verrekenen van bronheffing op te lossen door aanpassing van de deelnemingsvrijstelling. Daarnaast zullen belastingplichtigen over het algemeen op zoek gaan naar fiscale wegen om alsnog dubbele heffing te voorkomen. Praktisch gezien zijn deze er wel (bijvoorbeeld het aangaan van een *Organschaft*, of het opzetten van een deelnemingsvrijstelling shopping structuur¹¹⁰⁵), maar dat zal altijd gepaard gaan met extra (administratieve) kosten.

8.3.3.2 Non-voorraadeis

Duitsland kent in principe geen non-voorraadeis. Wel geldt voor de hierboven besproken financieringsmaatschappijen dat de deelnemingsvrijstelling is uitgesloten op het moment dat het doel is om met de aandelen een korte termijn winst te halen ([...] *Mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolges erworben werden*; §8b, Abs.7 KStG).

8.3.3.3 Kwalificerende dochtermaatschappij

Uit hoofdstuk 8.3.3.1 is al gebleken dat er in Duitsland (behoudens de recentelijk ingevoerde bezitseis voor dividenden en bepaling tegen hybride financieringsvergoedingen) geen eisen worden gesteld voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Duitsland kent dus geen kwalificatie "deelneming", of "(niet)-kwalificerende beleggingsdeelneming". Met andere woorden; het is dus voor toepassing van §8b KStG irrelevant of sprake is van een passieve deelneming (dochtermaatschappij) en tevens irrelevant of de (passieve) deelneming voldoende of überhaupt onderworpen is aan een winstbelasting. De deelnemingsvrijstelling in Duitsland kan mijns inziens echter niet los worden gezien van de zogenoemde *controlled foreign corporation* wetgeving (CFC-wetgeving).¹¹⁰⁶

Toepassing van de CFC-wetgeving leidt er toe dat bij laagbelaste buitenlandse passieve dochtermaatschappij de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is ten aanzien van het fictief in aanmerking genomen inkomen van deze buitenlandse dochter. De deelnemingsvrijstelling is wel van toepassing op de werkelijke dividenden (mits aan de bezitseis voldaan) en vermogenswinsten afkomstig uit een laagbelaste passieve buitenlandse dochtermaatschappij.

8.3.3.3.1 CFC-wetgeving

Zoals reeds kort in hoofdstuk 8.2.3.5 aangehaald, heeft CFC-wetgeving tot doel te voorkomen dat belastingheffing bij dochtermaatschappijen in laagbelaste landen wordt uitgesteld door het aldaar oppotten van winst c.q. onderbrengen van kapitaal.¹¹⁰⁷ De Duitse CFC-wetgeving is geregeld in het vanaf 1972 van toepassing zijnde *Außensteuergesetz* (§7 tot en met §14 AStG).¹¹⁰⁸ De regeling is imperatief van toepassing indien er sprake is van een onbeperkt binnenlands belastingplichtige moedermaatschappij die meer dan 50% van de aandelen houdt¹¹⁰⁹ in een buitenlandse dochtermaatschappij met passief inkomen dat onderworpen is aan een effectief belastingtarief van

¹¹⁰⁴ Zie bijvoorbeeld Blümich/Rengers, KStG §8b, Rn. 116; Desens in Hermann/Heuer/Raupach, Einf. KSt, Anm.95 en 156 en W. Kessler/M.L. Dietrich, Wann ist eine Beteiligung eine Schachtelbeteiligung, DStR 2012, 2101.

¹¹⁰⁵ Zie bijvoorbeeld K. Broemel, Current developments in the corporate taxation of free-float shares - can participation exemption shopping offer a way out, IBFD 04/2016.

¹¹⁰⁶ Voor de duidelijkheid merk ik op dat de CFC-wetgeving los staat van de deelnemingsvrijstellingsbepalingen en dus niet is opgenomen in het deelnemingsvrijstellingsregime zelf.

¹¹⁰⁷ Voor een korte uiteenzetting van de Duitse CFC-wetgeving achterwege verwijs ik naar Seer in Tipke/Lang²², Steuerrecht, §1, Rz. 89-90.

¹¹⁰⁸ M. Weiss, Recent developments in the German tax treatment of CFCs, European Taxation September 2015, blz. 439 e.v.

¹¹⁰⁹ Wanneer het inkomen van de buitenlandse dochtermaatschappij een beleggingskarakter heeft kan de CFC wetgeving ook van toepassing zijn op aandelenbelangen van 1% of meer. Indien het gehele of nagenoeg gehele inkomen een beleggingskarakter heeft, is de CFC-wetgeving zelfs op ieder aandelenbelang van toepassing. Zie §7, §8, §9 AStG.

minder dan 25%.¹¹¹⁰ Als gevolg van het op 12 september 2006 gewezen Cadbury Schweppes-arrest¹¹¹¹ is de reikwijdte van de CFC-wetgeving beperkter geworden. In dit arrest oordeelde het Europese Hof van Justitie dat CFC-wetgeving alleen mag worden toegepast als sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie. De Duitse wetgever heeft de CFC-wetgeving in overeenstemming willen brengen met het Europese recht door in §8 Abs. 2 AStG te bepalen dat de CFC-wetgeving niet van toepassing is op in de EU/EER gevestigde dochtermaatschappijen die een reële economische activiteit uitoefenen. CFC-wetgeving is voor die dochtermaatschappijen dus slechts van toepassing indien er sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie.¹¹¹²

Het gevolg van toepassing van de CFC-wetgeving is dat het inkomen van de laagbelaste buitenlandse dochtermaatschappij, naar rato van het aandelenbezit, geacht wordt als dividend te zijn uitgekeerd aan de binnenlandse moedermaatschappij (§7 Abs. 1 AStG). Een uitzondering geldt als het passieve inkomen minder dan 10% van het bruto-inkomen van de buitenlandse dochtermaatschappij bedraagt en minder dan €80.000 (§9 AStG). De deelnemingsvrijstelling is niet van toepassing op deze fictieve dividenden. Eventuele economisch dubbele belasting wordt dan voorkomen door middel van een verrekeningsmethode. Met andere woorden, de moedermaatschappij kan de eventueel in het buitenland geheven belasting over de fictieve dividenden verrekenen met de in Duitsland verschuldigde belasting (§12 AStG).

Ook voor Duitsland geldt dat de wetgeving uiterlijk op 1 januari 2019 in overeenstemming moet zijn met op 21 juni 2016 aangenomen Antibelastingontwijkingsrichtlijn en de daarin opgenomen CFC-wetgeving. De Duitse CFC-wetgeving wijkt op een aantal belangrijke punten af van de in de Richtlijn opgenomen minimumstandaard aan CFC-wetgeving. Zo wordt bijvoorbeeld de 50% controle eis in de Duitse wet anders uitgelegd dan onder de Richtlijn en is de Duitse onderworpenheidsheis (effectieve belastingdruk minder dan 25%) veel strikter dan die onder de Richtlijn (effectieve belastingdruk minder dan 50% van eigen vennootschapsbelastingtarief). Tot slot staat er in de Duitse CFC-regels een opsomming van inkomsten die als *actief* worden aangemerkt (en de rest is dus *passief*), terwijl er in de Richtlijn een opsomming van inkomsten staat die als *passief* kunnen worden aangemerkt. De Duitse CFC-wetgeving is met andere woorden op dit moment strikter dan hetgeen de Antibelastingontwijkingsrichtlijn voorschrijft (wat overigens EU-rechtelijk in principe niet tot problemen leidt). Onder andere in een positiepaper pleit de "*Wissenschaftlichen Beirats Steuern von EY*" voorgaande aangehaalde punten aan te passen en de Duitse CFC-regels te hervormen en vereenvoudigen.¹¹¹³ Ondanks deze en andere¹¹¹⁴ oproepen uit de wetenschap en praktijk, heeft de Duitse regering in het op 7 februari 2018 gepubliceerde regeerakkoord geen plannen aangekondigd de huidige CFC-regels te willen wijzigen.

¹¹¹⁰ Inkomen wordt aangemerkt als passief inkomen indien het niet op grond van de limitatieve opsomming van §8, Abs. 1 AStG kwalificeert als actief inkomen.

¹¹¹¹ HvJ EU 12 september 2006, nr. C-196/04 (Cadbury Schweppes), BNB 2007/54.

¹¹¹² Er is een zaak aanhangig bij het Europese Hof van Justitie waarin de vraag aan de orde komt of de uitkomst van Cadbury Schweppes ook heeft te gelden met betrekking tot derde landen (in desbetreffende zaak ging het om Zwitserland). Zie BFH 12.10.2016, I R 80/14 en Europese Hof van Justitie C-135/17.

¹¹¹³ Tax & Law Special, Nach der Wahl, Steuerpolitik für den Standort Deutschland. Ein Positionspaper des Wissenschaftlichen Beirats Steuern von EY für die neue Legislaturperiode ab 2017, September 2017 onder het hoofdstuk "Wettbewerbskraft in Gefahr".

¹¹¹⁴ K. Mouldi/T. Wagener, Tax Aspects for Companies in Germany's Grand Coalition Deal, *BNA International*, 31-03-2018. Zie voor een discussie hierover bijvoorbeeld C. Kahlenberg/A. Prusko: Die Weiterentwicklung der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung durch die BEPS-RL, *IStR* 8/2017, blz.304 en A. Schnitger/D. Nitzschke/R. Gebhardt: Anmerkungen zu den Vorgaben für die Hinzurechnungsbesteuerung nach der sog Anti-BEPS-Richtlinie, *IStR* 23/2016, blz.960.

8.3.3.4 Niet kwalificerende dochtermaatschappij

Indien niet aan de vanaf 28 februari 2013 geldende bezitseis is voldaan en een dochtermaatschappij keert dividend uit dan is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing.¹¹¹⁵ De eventueel onderliggende winstbelasting van de dochtermaatschappij kan wel verrekend worden.¹¹¹⁶

Toepassing van de CFC-wetgeving leidt er toe dat bij laagbelaste buitenlandse passieve dochtermaatschappijen de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is ten aanzien van het fictief in aanmerking genomen inkomen van deze buitenlandse deelneming. Eventuele economisch dubbele belasting wordt dan voorkomen door middel van een verrekeningsmethode.

8.3.4 Vrijstelling van "voordelen" (winsten en verliezen)

De Duitse deelnemingsvrijstelling stelt dividenden en vermogenswinsten uit de dochtermaatschappij voor 95% vrij. Dividend worden op grond van §8b Abs. 1 KStG en vermogenswinsten op grond van §8b Abs. 2 KStG vrijgesteld. Er wordt aangenomen dat 5% als fictieve kosten samenhangen met de desbetreffende deelneming en die kosten worden niet in aftrek toegelaten (ten aanzien van dividenden §8b Abs. 5 KStG en voor vermogenswinsten §8b Abs. 3 KStG).

8.3.4.1 Wat valt onder het begrip voordelen

Op grond van §8b Abs. 1 KStG worden de voordelen genoemd in §20 Abs. 1, nr. 1, 2, 9 en 10, letter a EStG uit een vennootschap vrijgesteld.¹¹¹⁷ De genoemde inkomsten in de *Einkommensteuergesetz* betreffen onder andere (verkapte) dividenduitkeringen, liquidatie-uitkeringen¹¹¹⁸ en andere vergoedingen uit de desbetreffende vennootschap. Op grond van §8b Abs. 2 KStG worden vervreemdingswinsten objectief vrijgesteld. Als keerzijde geldt ook dat afwaarderingsverliezen of vervreemdingsverliezen niet aftrekbaar zijn (§8b Abs. 3 KStG).¹¹¹⁹

Vanaf 13 december 2006 is een regeling ingevoerd die er voor zorgt dat de deelnemingsvrijstelling op verkapte dividenden alleen van toepassing is voor zover deze niet in aftrek zijn gekomen op het inkomen van de uitkerende vennootschap.¹¹²⁰ Op 26 juni 2013 is deze regeling (§8b Abs. 1 KStG) uitgebreid en geldt dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is ten aanzien van voordelen uit een dochtermaatschappij voor zover het desbetreffende voordeel in aftrek is gekomen bij de uitkerende vennootschap (*Korrespondenzprinzip*).¹¹²¹ De uitbreiding is ingevoerd om het gebruik van hybride financieringsstructuren tegen te gaan.

8.3.4.2 Kosten die verband houden met de deelneming

In Duitsland worden kosten die verband houden met het verkrijgen van belastingvrije inkomsten in beginsel niet in aftrek toegestaan (§3c Abs. 1 EStG). Vanwege de fictie dat 5% van het ontvangen dividend of vervreemdingswinst als niet aftrekbare bedrijfskosten wordt belast, is deze bepaling niet van toepassing (§8b Abs. 3 S.2 KStG, respectievelijk §8b Abs. 5 S.2 KStG). Dit betekent dat in

¹¹¹⁵ Door deze bepaling zijn er in de praktijk diverse structuren bedacht om alsnog onder de deelnemingsvrijstelling te kunnen vallen. Zie hierover bijvoorbeeld K. Broemel, §8b, Abs. 4 KStG und Participation Exemption Shopping – Anknüpfungspunkt der Steuergestaltung? IStR 17/2015, blz. 644.

¹¹¹⁶ Inhoudelijk is er overigens de nodige kritiek op het kunnen toepassen van de verrekeningsmethode. Zie bijvoorbeeld A. Schnitger, Generalthema II: Praktische Probleme bei der Vermeidung der Doppelbesteuerung von Unternehmensgewinnen, IStR 2011, blz. 653.

¹¹¹⁷ Voor een uitgebreide uiteenzetting van het begrip zie ook N. Herzig, Aktuelle Entwicklungen bei §8b KStG und §3c EStG, DB 2003, blz. 1459-1467.

¹¹¹⁸ Liquidatieuitkeringen worden als dividend aangemerkt voor zover zij niet als een terugbetaling van het op de aandelen gestorte kapitaal kunnen worden aangemerkt.

¹¹¹⁹ Dat geldt ook voor leningen verstrekt aan deelnemingen waarin tenminste een belang van 25% wordt gehouden, tenzij belastingplichtige aantoonst dat een derde deze lening ook zou hebben verstrekt. Zie hoofdstuk 7.3.2.

¹¹²⁰ JStG 2007, 13 december 2006, BGBl. I 06, 2878.

¹¹²¹ AmtshilfeRLUmsG, 26 juni 2013, BGBl. I 13, 1809. Zie hieromtrent Becker/Loose: Zur geplanten Ausdehnung des materiellen Korrespondenzprinzips auf hybride Finanzierungen, IStR 2012, 758.

beginsel alle daadwerkelijke kosten (*abzugsfähige Betriebsausgaben*) die verband houden met de dochtermaatschappij in aftrek kunnen worden gebracht en fictief een percentage van 5 van het ontvangend dividend of vervreemdingsvoordeel als kosten samenhangend met de dochtermaatschappij niet in aftrek komt. Aankoopkosten die gemaakt worden in verband met de aankoop van een dochtermaatschappij verhogen de boekwaarde van de deelneming. Evenals verkoopkosten worden de kosten meegenomen in de berekening voor de deelnemingsvrijstelling.¹¹²² Dit betekent uiteindelijk dat 95% van de kosten onder de deelnemingsvrijstelling vallen en 5% fictief in aanmerking wordt genomen. De afbakening van wat er moet worden verstaan onder aankoopkosten respectievelijk verkoopkosten is overgelaten aan de rechter. Over het algemeen is uit jurisprudentie af te leiden dat er sprake is van aankoopkosten respectievelijk verkoopkosten indien er een causaal verband bestaat tussen de kosten en de koop.¹¹²³

8.3.4.2.1 Bruto- of nettovrijstelling?

Bij invoering van §8b KStG in 1993 gold in eerste instantie de hoofdregel dat kosten die verband houden met het verkrijgen van belastingvrije inkomsten niet in aftrek zijn toegestaan. Dit betekent mijns inziens dat de deelnemingsvrijstelling oorspronkelijk bedoeld is als nettovrijstelling. In 1999 koos de Duitse wetgever er voor om een fictieve 5% kosten toerekening in te voeren en gelijktijdig te bepalen dat de daadwerkelijke kosten volledig aftrekbaar waren.¹¹²⁴ Reden hiervoor was onder andere dat in de praktijk de aftrekbeperking werd omzeild door dividenduitkeringen in een bepaald jaar kunstmatig laag te houden. Het *Bundesfinanzhof* had namelijk bepaald dat kosten die verband houden met belastvrije inkomsten slechts dan niet aftrekbaar zijn indien er een directe band bestaat tussen de kosten en de belastingvrije inkomsten.¹¹²⁵ Als in een bepaald jaar geen vrijgestelde voordelen worden genoten, zijn de (rente)kosten in dat jaar volgens deze rechtspraak volledig aftrekbaar.¹¹²⁶

Tot en met 2003 gold de fictieve kostentoerekening alleen voor buitenlandse deelnemingen, hetgeen Europeesrechtelijk niet door de beugel kon. De Duitse wetgever heeft – mede gezien het Bosal-arrest en Keller Holding-arrest de ongelijke behandeling weggenomen door het forfait (vanaf 2004) ook van toepassing te verklaren op binnenlandse dochtermaatschappijen.¹¹²⁷

Er is kritiek op deze fictieve 5% kosten toerekening, omdat er geen relatie is met de daadwerkelijke kosten. De fictieve kosten toerekening leidt er toe dat er in de praktijk op zoek wordt gegaan naar structuren (bijvoorbeeld het aangaan van een fiscale eenheid) om dubbele belasting tegen te gaan.¹¹²⁸ Hey geeft aan dat het (fictief) niet in aftrek toelaten van 5% van de kosten die verband houden met de dochtermaatschappij een inbreuk maakt op het *Nettoprinzip*¹¹²⁹ en ook zijn er de

¹¹²² Voor een beschouwing zie bijvoorbeeld M. Suchanek/ A. Hesse, Zur Abzugsfähigkeit von mittelbaren Anschaffungsneben- und Verausserungskosten, Ubg 11/2015, blz.639-644. De auteurs gaan daar ook in op de samenloop met het *Organschafft* regime.

¹¹²³ H. Siebmann, Aufwendungen einer Kapitalgesellschaft in Zusammenhang mit dem Kauf einer Kapitalbeteiligung: Sofort abzugsfähige Betriebsausgaben oder aktivierungspflichtige Anschaffungskosten? §8b KStG Abs. 3 Satz 3 KStG, StB 2011, blz.163. Zie ook FG Köln, Allgemeine Aufwendungen als Verausserungskosten iSd §8b Abs. 2 S. 2 KStG bei nahezu ausschliesslicher Verausserung zuvor selbst gegründeter Vorratskapitalgesellschaften? DStRE 2016, blz.61.

¹¹²⁴ StBereinig 22 december 1999, BGBl I, S. 2601.

¹¹²⁵ BFH, 29.05.1996, BStBl. II 1997, blz. 57, 60 en 63.

¹¹²⁶ Winsten werden dus opgepot in de dochtermaatschappij en eens in de zoveel tijd werd een (super)dividend uitgekeerd. Dit werd ook wel het "ballooning-concept" genoemd. Vergelijk H. Lohuis, Het Duitse holdingregime en zijn eigenaardigheden, WFR 2001/1715, paragraaf 4.2.1.

¹¹²⁷ HvJ EG 18 september 2003, nr. C-168/01, BNB 2003/344 (Bosal) en HvJ EG 18 september 2003, nr. C-471/04 (Keller Holding). Zie ook BFH, BStBl. 2007,279.

¹¹²⁸ Zie bijvoorbeeld Watermeyer in Hermann/Heuer/Raupach, §8b KStG, Anm.7 en J. Hey in Tipke/Lang¹⁹, Steuerrecht, §11, Rz.42.

¹¹²⁹ J. Hey in Tipke/Lang²², Steuerrecht, §11, Rz.15 en Rz.42.

nodige EU-rechtelijke bedenkingen.¹¹³⁰ Hoewel het *Bundesverfassungsgericht* deze forfaitaire regeling niet als een grondwettelijke inbreuk aanmerkte is er veel kritiek op deze zienswijze en het forfait.¹¹³¹

8.3.4.3 Liquidatieverliesregeling

Duitsland kent geen liquidatieverliesregeling of een soortgelijke regeling waarbij verliezen die definitief verloren dreigen te gaan, verrekend kunnen worden. Een Duitse moedermaatschappij met een binnenlandse of buitenlandse dochtermaatschappij, waarbij de dochtermaatschappij wordt geliquideerd kan dus geen liquidatieverlies in aanmerking nemen. Met andere woorden, het verlies van de dochtermaatschappij gaat definitief verloren.

8.3.5 Gewerbesteuer en deelnemingsvrijstelling

Ook de *Gewerbesteuer* kent een deelnemingsvrijstelling die van toepassing kan zijn op voordelen verkregen uit een binnenlandse onderneming die onderhevig zijn aan de *Gewerbesteuer* (§8 Nr. 5 jo. §9 Nr. 2a GewStG). Niet geheel verrassend is ook in de *Gewerbesteuer* de achterliggende gedachte van de deelnemingsvrijstelling het voorkomen van dubbele belasting, in casu het voorkomen van dubbele heffing van *Gewerbesteuer* over hetzelfde object.¹¹³² De voorwaarden en fiscale gevolgen van de deelnemingsvrijstelling wijken af van die in de *Körperschaftsteuer*. Als voorwaarde voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling geldt een bezitsvereiste. Vanaf 2008 is deze bij de *Gewerbesteuer* gesteld op 15% van het aandelenkapitaal en aan dat bezitsvereiste moet aan het begin van het boekjaar zijn voldaan.¹¹³³ Onder voordelen uit de onderneming worden voor de *Gewerbesteuer* dividenden en liquidatie-uitkeringen verstaan; vermogenswinsten zijn op grond van §8b Abs. 2 KStG ook voor de *Gewerbesteuer* vrijgesteld. Ten aanzien van de toepassing van de deelnemingsvrijstelling bij buitenlandse deelnemingen worden in §9, Nr. 7 GewStG andere eisen gesteld. Ten aanzien van buitenlandse deelnemingen wordt de eis gesteld dat het moet gaan om actieve, voldoende belaste vennootschappen in de zin van §8 AStG. De extra eisen ten aanzien van buitenlandse deelnemingen leiden mogelijk tot een inbreuk op het EU-recht.¹¹³⁴ Dividenden zijn ook vrijgesteld indien op grond van een belastingverdrag een vrijstelling voor dividenden is overeengekomen (§9 Nr. 8 GewStG). Interessant is hier, dat dan buitenlandse deelnemingen in principe bevoordeeld zijn, als het belastingverdrag voorziet in een bezitsvereiste van minder dan 15%.¹¹³⁵

8.3.6 Compartimenteren

Duitsland kent geen compartimenteringsleer zoals die in Nederland door de Hoge Raad is ontwikkeld. Noch de Duitse wetgever, noch de Duitse rechter schrijft compartimentering als norm voor bij toepassing van de deelnemingsvrijstelling als sprake is geweest van een sfeerovergang. Ten aanzien van feitencompartimentering is dat mijns inziens mogelijk deels te verklaren door het feit dat Duitsland tot 28 februari 2013 geen voorwaarden kende voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Als gevolg van een verandering van feiten en omstandigheden deden er zich daardoor geen sfeerovergangen voor. Vanaf 28 februari 2013 is dat anders en kan er zich een sfeerovergang voordoen indien bijvoorbeeld een moedermaatschappij na genoemde datum eerst niet aan het bezitsvereiste voldoet (deelnemingsvrijstelling niet van toepassing) en vervolgens op een

¹¹³⁰ Zie voor een overzicht W. Kessler/ C. Spengel, Checkliste potenziell EU-rechtswidriger Normen des deutschen direkten Steuerrechts, Der Betrieb, Beilage 01 zu Heft Nr. 05, 3 februari 2017, blz.26.

¹¹³¹ Zie bijvoorbeeld Krug: Die steuerliche Abziehbarkeit von tatsächlich angefallenen Veräußerungskosten im Rahmen von § 8b Abs. 2 und 3 KStG - Anmerkungen zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 12. 10. 2010, 1 BvL 12/07, DStR 2011, 598 en Oldiges, Wirkungen und Rechtfertigung des pauschalen Abzugsverbots gemäß § 8b Abs. 5 KStG, DStR 2008, 533.

¹¹³² Blümich/Gosch, GewStG § 9 Rn. 288.

¹¹³³ UntStReformG 2008 v. 14. 8. 07 (BGBl I 07, 1912), In de periode 1964 - 1984 bedroeg het bezitsvereiste 25% en in de periode 1984-2008 10%, Blümich/Gosch GewStG § 9 Rn. 160.

¹¹³⁴ Blümich/Gosch, GewStG § 9 Rn. 297.

¹¹³⁵ Voor een nadere uiteenzetting zie ook C. Jochimsen/ J. Zinowsky: DBA-Schachtelprivileg und Gewerbesteuer im Organschaftsfall, DStR 2015, blz.1999.

later moment, aan een begin van een nieuw kalenderjaar, wel aan het bezitsvereiste voldoet (wel deelnemingsvrijstelling). Indien vervolgens een dividend wordt uitgekeerd dat is toe te rekenen aan de winst van het jaar waarin het bezitspercentage nog niet toereikend is geweest, wordt dit dividend toch vrijgesteld. Uit §8b Abs. 4 KStG blijkt dat bepalend is of aan het begin van het kalenderjaar aan het bezitsvereiste is voldaan en niet van belang is in welke periode het dividend is ontstaan. Het stringent vasthouden aan het bezitspercentage aan het begin van het kalenderjaar komt mijns inziens wat geforceerd over. Uit de zienswijze die het *Oberfinanzdirektion (OFD)* Frankfurt er op nahoudt,¹¹³⁶ blijkt dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is als gedurende het jaar het bezit (bijvoorbeeld van 4%) wordt uitgebreid (bijvoorbeeld met 7% naar 11%) en vervolgens dividend wordt uitgekeerd op deze 11%. Indien aan het begin van het jaar nog geen belang aanwezig is, gedurende het jaar een belang van 11% wordt verkregen en op dit belang een dividend wordt uitgekeerd, is de deelnemingsvrijstelling wel (geheel) van toepassing. Indien het percentage aan het begin van het kalenderjaar 4 is en met 11 wordt uitgebreid gedurende het kalenderjaar en vervolgens dividend wordt uitgekeerd op 15%, dan is het *OFD* van mening dat 4/15 deel is belast en 11/15 deel is vrijgesteld. Met het toerekenen van de resultaten aan de periode waarin deze zijn opgekomen heeft dit echter niets van doen.

Bij wetswijzigingen waarbij er zich een sfeerovergang met betrekking tot de deelnemingsvrijstelling heeft voorgedaan (regelcompartimentering), heeft de wetgever de compartimenteringsleer zoals we die in Nederland kennen niet toegepast. Wel heeft de wetgever, indien hij dat nodig achtte, gezorgd voor overgangsrecht waarbij op sommige plaatsen compartimentering werd toegepast. Zo ging de overgang van het verrekenstelsel (*Vollanrechnungsverfahren*) naar een objectvrijstelling gepaard met uitgebreid en ingewikkeld overgangsrecht. Wettelijk is vastgelegd dat dividenden of vervreemdingswinsten die opgekomen waren in de periode vóór 2001 en na 2001 werden uitgekeerd, worden belast volgens de regels van vóór 2001 (§36-40 KStG).¹¹³⁷ Dit houdt bijvoorbeeld in dat bij een uitdeling van winstreserves van vóór 2001 die bij de uitdelende vennootschap nog met 40% *Körperschaftsteuer* belast zijn geweest, een teruggaaf voor deze vennootschap volgt van 10%, omdat onder het systeem van vóór 2001 de uitgekeerde winst naar een tarief van 30% werd belast en opgepotte winst tegen 40%. Ook bij de ontvangende vennootschap wordt dit systeem gecontinueerd en de verschuldigde *Körperschaftsteuer* met dezelfde 10% verhoogd. Deze overgangsregeling geldt voor een periode van 18 jaar.¹¹³⁸ Sell geeft aan dat zonder kennis van het *Anrechnungsverfahren* het overgangsrecht nauwelijks te begrijpen is en dat zich allerlei praktische problemen voordoen. Zo was bijvoorbeeld niet altijd duidelijk hoeveel dividend aan welke periode en uit welke vrije uitkeerbare reserves (*verwendbares Eigenkapital*) kon worden toegerekend.¹¹³⁹

8.4 Beschouwing / conclusie

In dit hoofdstuk heb ik onderzocht hoe het deelnemingsvrijstellingsregime er uitziet in de vennootschapsbelasting, respectievelijk de *Körperschaftsteuer* (en summier de *Gewerbesteuer*) en welke verschillen en overeenkomsten er bestaan tussen het regime in beide landen. Uit een analyse van wetgeving, jurisprudentie en literatuur blijkt mijns inziens dat er op hoofdlijnen in Nederland discussiepunten zijn over:

- De rechtsgrondslag van de deelnemingsvrijstelling;
- Toepassing van de compartimenteringsleer en de gedetailleerde wettelijke invulling.

Ten aanzien van beide discussiepunten blijkt uit een analyse van de Duitse wettelijke bepalingen, jurisprudentie en literatuur dat de invulling van de deelnemingsvrijstelling en compartimenteringsgedachte op enkele belangrijke punten afwijkt in vergelijking met Nederland. Dit

¹¹³⁶ OFD Frankfurt, 2 december 2013, S 2750a A - 19 - St 52.

¹¹³⁷ J. Hey in Tipke/Lang²², Steuerrecht, §11, Rz.10.

¹¹³⁸ Zie ook H. Lohuis, Het Duitse holdingregime en zijn eigenaardigheden, WFR 2001/1715, paragraaf 2.3.

¹¹³⁹ Zie voor een uitgebreide uiteenzetting van het overgangsrecht Sell in Dötsch/Franzen/Sädtler/Sell/Zenthöfer, *Körperschaftsteuer*, 15^e Auflage, 2009, blz.591-597. De wetgever had een wettelijk vastgestelde volgorde waarin geacht werd het dividend te stammen. Zo werd onderscheiden EK 56, EK 50, EK 45, EK 40, EK 36, EK 30, niet mit KSt belasteter Teilbetrag, EK 01, EK 02, EK 03, EK 04.

maakt het uiteraard nog interessanter om te analyseren of de Duitse benadering aanbevelenswaardig is voor de Nederlandse vennootschapsbelasting. Hieronder geef ik aan de hand van mijn toetsingskader (zie hoofdstuk 1.3.2.4) aan of Duitsland een rechtsregel (oplossing of benadering) heeft die aanbevelenswaardig is, of kan zijn, voor de vennootschapsbelasting ten aanzien van bovengenoemde discussiepunten.

8.4.1 De rechtsgrondslag van de deelnemingsvrijstelling en de gevolgen ten aanzien van voorwaarden en het vrij te stellen object

De historische ontwikkeling en ratio van het deelnemingsvrijstellingsregime lopen in Nederland en Duitsland enigszins uit elkaar. Nederland hanteert van oudsher zowel in binnenlandse – als buitenlandse verhoudingen een (100%) vrijstellingsmethode. In buitenlandse verhoudingen kenmerkt Nederland zich als aanhanger van het kapitaalimportneutraliteitsbeginsel met de vrijstellingsmethode als hoofdmethode ter voorkoming van internationale dubbele belasting. Christiaanse merkt op dat de positie van Nederland als kapitaalexporterende natie – anders dan in Duitsland – daarbij een grote rol speelde.¹¹⁴⁰ In voor de wetgever ongewenste situaties (zoals deelname in een laagbelaste beleggingsdeelneming) hanteert Nederland een verrekeningsmethode.

In Duitsland wordt zowel de vrijstellingsmethode als de verrekeningsmethode toegepast ter voorkoming van dubbele belasting. In Duitsland is historisch gezien de verrekeningsmethode de hoofdmethode ter voorkoming van dubbele belasting.¹¹⁴¹ Uit §26 KStG jo. §34c EStG blijkt dat Duitsland nationaal in principe als hoofdmethode de verrekeningsmethode hanteert en daarmee kapitaalexportneutraliteit nastreeft. Echter geldt in het huidige systeem ten aanzien van dividenden en vermogenswinsten uit deelnemingen een deelnemingsvrijstelling (vrijstellingsmethode, §8b KStG). Ook in de door Duitsland afgesloten belastingverdragen wordt ten aanzien van bepaalde inkomsten (bijvoorbeeld dividenden, of winsten van een vaste inrichting in het buitenland) dubbele belasting voorkomen door toepassing van de vrijstellingsmethode. Ten aanzien van toepassing van de deelnemingsvrijstelling en het verdragsbeleid is het uitgangspunt derhalve kapitaalimportneutraliteit. Belastingverdragen met Duitsland kenmerken zich met relatief veel *switchover* en *subject-to-tax* clauses, inhoudende dat in ongewenste situaties (toch) verrekening wordt toegepast. Daarnaast kent Duitsland al sinds 1972 CFC-wetgeving (zie hierover uitgebreid hoofdstuk 8.3.3.3.1), hetgeen in wezen het nastreven van kapitaalexportneutraliteit betekent.

Daar waar in Nederland levendig wordt gediscussieerd over de vraag of de deelnemingsvrijstelling (in binnenlandse verhoudingen) stoelt op het ne-bis-in-idem beginsel of de verlengstukgedachte is deze discussie in Duitsland niet aanwezig. In Duitsland is veel meer de discussie of dubbele belasting voorkomen moet worden door middel van het geven van een vrijstelling of door middel van verrekening. De deelnemingsvrijstelling, zoals opgenomen in §8b KStG, lijkt gestoeld op de ne-bis-in-idem gedachte.¹¹⁴² Duitsland kende tot 2013 geen voorwaarden die gesteld werden aan de dochter- of de moedermaatschappij voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling. In Nederland zijn de voorwaarden hoofdzakelijk terug te voeren op het onderscheid dat de wetgever wilde maken tussen ondernemen en beleggen en daarmee samenhangend de wisselwerking tussen de deelnemingsvrijstelling en het fiscale beleggingsregime. Nederland heeft omwille van eenvoudsredenen gekozen voor een minimale (harde) bezitseris van 5%. Een belangrijk verschil is mijns inziens dat daar waar Nederland er voor heeft gekozen wettelijke bepalingen in het deelnemingsvrijstellingsregime zelf op te nemen om ongewenste toepassing van de deelnemingsvrijstelling tegen te gaan, Duitsland er voor heeft gekozen het deelnemingsvrijstellingsregime als zodanig ongemoeid te laten (tot 2013 geen voorwaarden). Voor ongewenste situaties (in casu toepassing van de deelnemingsvrijstelling) leunt Duitsland op CFC-wetgeving (en een algemene antimisbruikbepaling (§42 AO)).¹¹⁴³

¹¹⁴⁰ J.H. Christiaanse, Deelnemingsvrijstelling, FM nr. 20, Kluwer, 1962, blz. 96.

¹¹⁴¹ Vergelijk R.G. Prokisch, Steuerermäßigung bei ausländischen Einkünften (§34c EStG), A44, blz. 17, in P.

Kirchhof/H. Söhn/R. Mellinshoff (Eds.), Einkommensteuergesetz Kommentar, Heidelberg: C.F. Müller Verlag.

¹¹⁴² In gelijke zin W. Kessler/M.L. Dietrich, Wann ist eine Beteiligung eine Schachtelbeteiligung, DStR 2012,2101.

¹¹⁴³ Ook Te Niet is van mening dat de Nederlandse wetgever wellicht beter een keuze kan maken voor het invoeren van een generieke antimisbruikregeling. Hiermee zou de regering volgens hem niet alleen de uitgangspunten

Mijns inziens zou deze Duitse benadering inspirerend en aanbevelenswaardig voor Nederland zijn.¹¹⁴⁴ De Nederlandse wetgever zou mijns inziens de voorwaarden voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling (bezitsvereiste, non-voorraadeis, niet kwalificerende beleggingsdeelneming) moeten schrappen.¹¹⁴⁵ Daarmee kiest de wetgever voor een eenduidige rechtsgrondslag (ne-bis-in-idem) en zal de wettelijke invulling beter aansluiten bij de ratio (de fiscaal-beleidsanalytische toets van mijn toetsingskader).

Het tot nu toe ontbreken van een duidelijke grondslag van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling leidt er mijns inziens toe dat er onduidelijkheid kan zijn bij de beoordeling van de praktische uitwerking van de regeling.¹¹⁴⁶ Zo kan het wat uitmaken of het ne-bis-in-idem beginsel of de verlengstukgedachte aan de deelnemingsvrijstelling ten grondslag ligt op het moment dat de reikwijdte van de voorwaarden voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling (door de rechter) moet worden bepaald. Met andere woorden, het niet consequent toepassen en uitspreken van een eenduidige rechtvaardigingsgrond van de deelnemingsvrijstelling leidt tot een niet-doeltreffende regeling. Het principieel toepassen van het ne-bis-in-idem beginsel zou bijvoorbeeld betekenen dat voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling geen nadere voorwaarden gesteld zouden mogen worden wat betreft bezitseis, of ten aanzien van een beleggende of niet-beleggende deelneming. Bovendien is de uitwerking van de Nederlandse bezitseis niet in overeenstemming met de in hoofdstuk 8.2.2 behandelde oorspronkelijke bedoeling. Beleggingen in aandelenbelangen van meer dan 5% worden nog steeds ongelijk behandeld ten opzichte van vergelijkbare beleggingen in onroerende zaken of obligaties en datzelfde geldt voor aandelenbelangen van minder dan 5% die niet als belegging worden gehouden.¹¹⁴⁷ Ik ben het met Van der Geld eens dat er – omdat er geen overtuigende rechtvaardigingsgrond voor de vennootschapsbelasting is (zie hoofdstuk 3.2.3) – al helemaal geen rechtvaardigingsgrond bestaat voor meervoudige heffing van vennootschapsbelasting.¹¹⁴⁸ Met andere woorden; er wordt mijns inziens ook beter voldaan aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader.

Misbruikssituaties, of ongewenste toepassing van de deelnemingsvrijstelling kunnen worden bestreden door toepassing van *fraus legis* en/of invoering van CFC-wetgeving in Nederland.¹¹⁴⁹ Hoewel de systematiek bij CFC-regelgeving een andere is dan de Nederlandse regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen, beogen beide regelingen mijns inziens te voorkomen dat voordelen uit mobiel kapitaal dat wordt ondergebracht in laagbelaste jurisdicties belastingvrij naar de moedermaatschappij kunnen vloeien. Ik realiseer me dat CFC-wetgeving veel verder gaat dan de huidige voorwaarden voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling, aangezien CFC-wetgeving aansluit bij een fictie. Niet de daadwerkelijk uitgekeerde of gerealiseerde voordelen uit de dochtermaatschappij vallen onder de deelnemingsvrijstelling, maar fictief wordt verondersteld dat de dochtermaatschappij haar winst heeft uitgekeerd. Daarnaast is CFC-wetgeving doorgaans van

van het ongewenste gebruik van deelnemingsregeling in één keer kunnen vastleggen, maar tevens de bonafide ondernemer weer als uitgangspunt van de regeling kunnen nemen. H. te Niet, Het beleggingsbegrip in de directe belastingen, FM nr. 125, Kluwer 2007, paragraaf 5.2.4.

¹¹⁴⁴ In gelijke zin Snel, die er voor pleit dat er geen minimumbezitseis, specifieke rechtsvorm, of minimumbezitsperiode zouden moeten gelden. Daarnaast is hij van mening dat Nederland art. 13a Wet VPB 1969 moet schrappen en een echte CFC-regeling moet invoeren, een regeling die niet binnen de regeling van de deelnemingsvrijstelling werkt, maar die onafhankelijk daarvan van toepassing is. F.P.J. Snel, De Europese anti-belastingontwijkingsrichtlijn en deelnemingsvrijstelling, NTFR 2016/1895.

¹¹⁴⁵ Ik laat de onzekerheid of houdster – of financieringsmaatschappijen wel of niet de deelnemingsvrijstelling kunnen toepassen in Duitsland (§8b Abs.7, S.2 KStG) hier buiten beschouwing.

¹¹⁴⁶ In gelijke zin J.A.G. van der Geld, De deelnemingsvrijstelling, FM nr. 20, Kluwer, 3^e druk 2011, blz. 65.

¹¹⁴⁷ Vergelijk ook F.P.J. Snel, Van moeders en dochters, systemen ter voorkoming van cumulatie van vennootschapstax in deelnemingsituaties, SDU Amersfoort, 2005, blz. 59 en J.A.G. van der Geld, Evolutie en toekomstperspectief van de deelnemingsvrijstelling, WFR 1994/987.

¹¹⁴⁸ J.A.G. van der Geld, De deelnemingsvrijstelling, FM nr. 20, Kluwer, 3^e druk 2011, blz. 78.

¹¹⁴⁹ In het deelnemingsvrijstellingsregime zou dan enkel de bepaling hoeven te worden opgenomen dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op een CFC-deelneming. Vergelijk ook F.P.J. Snel, De Europese anti-belastingontwijkingsrichtlijn en deelnemingsvrijstelling, NTFR 2016/1895.

toepassing in landen die een verrekenstelsel (kapitaalexportneutraliteit) hanteren. Nederland is echter sowieso genooddaakt uiterlijk 1 januari 2019 CFC-regelgeving in nationale wetgeving te implementeren. De staatssecretaris geeft aan dat hij de CFC-wetgeving zo wil implementeren dat model A (bepaalde categorieën voordelen) van toepassing is op lichamen of vaste inrichtingen in landen met een laag statutair tarief of landen die zijn opgenomen op de EU-lijst van niet coöperatieve landen én er geen sprake is van een “wezenlijke economische activiteit”.¹¹⁵⁰ In de overige gevallen zou dan model B (toepassing at arm's length beginsel) van toepassing moeten zijn. Uit hoofdstuk 8.3.3.3.1, waarin ik de huidige Duitse CFC-wetgeving heb vergeleken met de voorgeschreven regels uit de Antibelastingontwikingsrichtlijn, blijkt mijns inziens dat Duitsland voor Nederland geen aanbevelenswaardige CFC-regels heeft. Uit de Duitse wetenschap en praktijk komt met name een oproep om de verouderde CFC-regels te vereenvoudigen en te hervormen.¹¹⁵¹

Kortom, het deelnemingsvrijstellingsregime als zodanig zal zonder nadere voorwaarden eenvoudiger worden en in beginsel nog ruimer toepasbaar zijn. Mijns inziens wordt op deze manier – naast een betere aansluiting bij de ratio van de deelnemingsvrijstelling (en dus verbetering van de fiscaal-juridische toets) ook meer recht gedaan aan de fiscaal-wetstechnische toets (eenvoudiger wetgeving). Uiteraard zal er bij de invulling van de CFC-wetgeving wel zorgvuldig gekeken moeten worden naar de invulling van de wettelijke regels om dit aspect niet te niet te doen.¹¹⁵² Tot slot past mijns inziens de combinatie van het niet hanteren van voorwaarden voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling en het voor misbruiksituaties terugvallen op CFC-wetgeving ook in de internationale/Europese fiscale ontwikkelingskader uit mijn toetsingskader. De invulling van de deelnemingsvrijstelling in het CCTB-voorstel uit 2016 (zie ook hoofdstuk 2.7.4.1) sluit voor een groot deel aan bij de bepalingen uit de Moeder-dochterrichtlijn.¹¹⁵³ Vervreemdingsopbrengsten en dividenden uit aandelen zijn vrijgesteld, indien de belastingplichtige gedurende twaalf maanden voorafgaand aan de vervreemding of dividenduitkering ten minste een belang heeft gehad van 10% (art. 8, onderdeel c en d CCTB-voorstel 2016). Opvallend is dat het CCTB-voorstel uit 2011 geen voorwaarden omtrent bezitsomvang of houdsterperiode kende. Vermeldingswaardig is nog dat het CCTB-voorstel een *switchover* mechanisme bevat, inhoudende dat in bepaalde gevallen van de vrijstellingsmethode geswitcht wordt naar een verrekeningsmethode ter voorkoming van dubbele belasting. Deze *switchover* bepaling is juist in de definitieve versie van de Antibelastingontwikingsrichtlijn geschrappt, omdat diverse lidstaten daar geen voorstander van waren. Het afschaffen van de huidige voorwaarden voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling en de introductie van het door de EU verplicht gestelde CFC-wetgeving, zou mijns inziens internationaal niet uit de pas lopen en goed zijn voor het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat. Het deelnemingsvrijstellingsregime als zodanig wordt immers ruimer.

Ik vind het opvallend dat het kabinet een onderzoek heeft aangekondigd (in de loop van 2020) of de deelnemingsvrijstelling zodanig kan worden gewijzigd dat deze niet meer hoeft te worden toegepast als de aanwezigheid van een concern in Nederland zich beperkt tot één of meerdere nagenoeg ‘substanceloze’ (tussen)houdsters.¹¹⁵⁴ Het stellen van dergelijke nadere voorwaarden voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling past mijns inziens niet bij de ratio van de deelnemingsvrijstelling en past ook niet bij de door mij voorgestelde aanpassingen.

¹¹⁵⁰ Brief van de Staatssecretaris van Financiën, 23 februari 2018, Aanpak belastingontwijking en ontduiking, kenmerk 2018-0000026987, V-N 2018/14.2.

¹¹⁵¹ Zie bijvoorbeeld Tax & Law Special, Nach der Wahl, Steuerpolitik für den Standort Deutschland. Ein Positionspaper des Wissenschaftlichen Beirats Steuern von EY für die neue Legislaturperiode ab 2017, September 2017 onder het hoofdstuk “Wettbewerbskraft in Gefahr”.

¹¹⁵² Het voert te ver om in mijn onderzoek alle voor- en nadelen van de CFC-modellen nader uiteen te zetten en een blauwdruk te schrijven voor de implementatie van CFC-regelgeving in Nederland.

¹¹⁵³ Voor een uiteenzetting van de deelnemingsvrijstellingsbepalingen in de C(C)CTB verwijs ik naar I.M. de Groot, Concernbepalingen in de Common (Consolidated) Corporate Tax Base, WFR 2017/67.

¹¹⁵⁴ Brief van de Staatssecretaris van Financiën, 23 februari 2018, Aanpak belastingontwijking en ontduiking, kenmerk 2018-0000026987, V-N 2018/14.2.

Opvallend is ook dat er in Duitsland sinds 2013 een 10% bezitseis voor dividenden geldt. Reden voor deze invoering is om op deze manier een Europeesrechtelijke discriminatie te voorkomen, tussen binnenlandse en buitenlandse aandeelhouders die bronbelasting willen verrekenen. Zoals in hoofdstuk 8.3.3.1 aangegeven is het invoeren van de bezitseis een systematisch en principieel verkeerde keuze geweest. De bezitseis heeft niets te maken met het onderscheid tussen deelnemen en beleggen (zoals in Nederland het geval is bij de bezitseis) of (misbruik in) de *Körperschaftsteuer* in het algemeen, maar met de Duitse dividendbelasting.¹¹⁵⁵ Gezien de ratio en historie van de Duitse deelnemingsvrijstelling past een dergelijke bezitseis niet. De ratio van de deelnemingsvrijstelling in Duitsland als uitgangspunt nemend (het voorkomen van economische dubbele belasting) is het mijns inziens juist consistent om geen nadere voorwaarden te stellen voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Deze geconstateerde inconsistentie, zorgt er mijns inziens voor dat er op dit punt in mindere mate is voldaan aan de fiscaal-wetstechnische toets uit mijn toetsingskader (onder deze toets valt namelijk onder andere dat de rechtsregel logisch en systematisch moet zijn opgebouwd en consistent moet zijn).

In Nederland is beperkt wettelijk vastgelegd wat onder voordelen uit hoofde van een deelneming moet worden verstaan. Alleen earnout-vergoedingen, aankoop- en verkoopkosten zijn expliciet genoemd. In Duitsland daarentegen wordt wat betreft de vrijstelling expliciet gewezen naar een bepaling in de inkomstenbelasting waar desbetreffende inkomsten staan opgesomd. De praktische uitwerking verschilt mijns inziens echter niet veel van elkaar. In Duitsland staat bijvoorbeeld in §20, Abs.1 *EStG* "*sonstige Bezüge*", waardoor er tevens een rechterlijke uitleg nodig is. Wat opvalt, is dat bij de Nederlandse deelnemingsvrijstelling in beginsel een brutovrijstelling het uitgangspunt is, al wordt er voor aan- en verkoopkosten samenhangend met de deelneming een uitzondering gemaakt (deze kosten zijn niet aftrekbaar). In Duitsland is van oudsher een nettovrijstelling het uitgangspunt, die in 2004 wettelijk gezien veranderd is in een fictief niet aftrekbaar kostenpercentage van 5. Aankoopkosten die samenhangen met de dochtermaatschappij in Duitsland verhogen de kostprijs van de deelneming. Evenals verkoopkosten worden deze kosten meegenomen in de berekening voor de 95% deelnemingsvrijstelling. Anders dan in Nederland kent Duitsland dus vanaf 2004 een feitelijke vrijstelling van 95%. Nederland had naar aanleiding van het Bosal-arrest en het daardoor ontstane zogenoemde Bosal-gat ook voor een dergelijk fictie kunnen kiezen, maar deed dat niet. Nederland koos voor een reparatie buiten de deelnemingsvrijstelling in de vorm van een thincap-regeling (art. 10d Wet VPB 1969 (oud en later art. 13l Wet VPB 1969) en de houdster- en financieringsverliesbeperking (art. 20 lid 4-6 Wet VPB 1969). De vraag komt hierbij op of het aanbevelenswaardig is om een 95% deelnemingsvrijstelling toe te passen in Nederland (zoals Duitsland doet) om zo het Bosal-gat (deels) te dichten. Een dergelijke bepaling in de Nederlandse deelnemingsvrijstelling is mijns inziens niet aanbevelenswaardig. Hoewel het onder de Moeder-dochterrichtlijn is toegestaan om een dergelijk forfait in de wetgeving op te nemen, past het mijns inziens niet bij de ratio van de deelnemingsvrijstelling. De feitelijke 95% deelnemingsvrijstelling zorgt ervoor dat er een dubbele heffing plaatsvindt over 5% van het vrijgestelde object, hetgeen gezien de ratio van de deelnemingsvrijstelling systematisch onjuist is.¹¹⁵⁶ Hoe meer schakels er in het concern zijn, des te meer sprake zal zijn van dubbele heffing. Mijns inziens wordt hiermee een inbreuk gemaakt op het draagkrachtbeginsel als uitvloeisel van het gelijkheidsbeginsel. Daarnaast past een dergelijke beperking van de deelnemingsvrijstelling historisch gezien niet in de Nederlandse vennootschapsbelasting. Deze historische ontwikkeling kenmerkt zich door een ruime bruto-

¹¹⁵⁵ Voldedigheidshalve merk ik op dat dit probleem (van ongelijke behandeling) zich in Nederland op dit punt niet voordoet. Op grond van art. 4 lid 2 Wet DB 1965 is de inhoudingsvrijstelling voor de dividendbelasting van toepassing, indien een buitenlandse moedermaatschappij een belang heeft in een Nederlandse dochtermaatschappij waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing zou zijn geweest indien die moedermaatschappij in Nederland zou zijn gevestigd.

Overigens is blijkens het regeerakkoord de Nederlandse regering van plan de dividendbelasting af te schaffen en - bij onvoldoende heffing in het woonland van de genietter - een bronheffing op interest en royalties in te voeren.

¹¹⁵⁶ Vergelijk ook R. Eckhoff, *Steuergerechtigkeit als verfassungsrechtliches und als steuerpolitisches Argument*, *StuW* 3/2016, blz. 224. Hij merkt op dat §8b KStG een "*systemwidrige Mindestbesteuerung*" behelst, mede omdat fictief 5% kosten in aanmerking wordt genomen.

deelnemingsvrijstelling die gezien wordt als een wezenlijke bepaling om het in hoofdstuk 2.3.1 beschreven goede Nederlandse fiscale vestigingsklimaat te waarborgen.¹¹⁵⁷ Kortom, het invoeren van een 95% deelnemingsvrijstelling zou er mijns inziens toe leiden dat slechter wordt voldaan aan de fiscaal-beleidsanalytische en fiscaal-juridische toets van mijn toetsingskader.

Nederland kent in tegenstelling tot Duitsland wel een liquidatieverliesregeling. Gezien de ratio van de deelnemingsvrijstelling (ne-bis-in-idem) ben ik het eens met de in hoofdstuk 8.2.6.1 genoemde auteurs die van mening zijn dat een verliesregeling wel past binnen het deelnemingsvrijstellingsregime. De huidige invulling van de liquidatieverliesregeling komt mijns inziens echter niet overeen met de ratio ne-bis-in-idem en voldoet derhalve in mindere mate aan de fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader. Gezien de ratio ligt mijns inziens een regeling die aansluit bij de daadwerkelijk geleden verliezen van de dochtermaatschappij meer voor de hand.¹¹⁵⁸

8.4.2 Compartimentering

In Nederland is de compartimenteringsleer ten aanzien van de deelnemingsvrijstelling ontstaan door een rechterlijke invulling en interpretatie van de deelnemingsvrijstellingsregels. Uit BNB 2013/177 bleek dat de rechter dit alleen ten aanzien van feitencompartimentering voor ogen had en dat wat betreft regelcompartimentering de wetgever zelf maar voor wetgeving moest zorgen als hij wil dat er gecompartmenteerd moet worden. De wetgever reageerde door zowel feiten – als regelcompartimentering wettelijk in detail te regelen. Anders dan in Nederland kent Duitsland geen wettelijk vastgelegde of door de rechter ingevulde compartimenteringsleer ten aanzien van sfeerovergangen in de deelnemingsvrijstelling. Feitencompartimentering deed zich in Duitsland veel minder voor dan in Nederland gezien het ontbreken van nadere voorwaarden in Duitsland voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling.¹¹⁵⁹ Uit hoofdstuk 8.3.1 is gebleken dat in Duitsland ook de nodige wetwijzigingen zijn geweest met betrekking tot het toepassen en de reikwijdte van de deelnemingsvrijstelling. Meest recent is de wetwijziging ingaande op 28 februari 2013 waardoor er sprake kan zijn van een sfeerovergang indien een belang eerst niet en vervolgens wel vanaf het begin van het kalenderjaar voldoet aan het bezitsvereiste. Bepalend voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling bij een dividenduitkering is dan of aan het begin van het kalenderjaar voldaan is aan het bezitsvereiste van 10%. Er wordt geen compartimentering toegepast, met andere woorden wordt er niet gekeken in welke periode het voordeel waaruit het dividend is uitgekeerd is ontstaan. Bij een sfeerovergang als gevolg van een verandering van de feiten en omstandigheden (feitencompartimentering) wordt de compartimenteringsgedachte niet toegepast door de Duitse wetgever. Bij een sfeerovergang als gevolg van een wettelijke wijziging (regelcompartimentering) heeft de Duitse wetgever zelf gezorgd voor overgangsregelgeving, waarbij de compartimenteringsgedachte soms wel (bijvoorbeeld bij de hervorming in 2001 van het *Anrechnungsverfahren* naar het *Halbeinküfverfahren*) en soms niet (bijvoorbeeld invoering van de

¹¹⁵⁷ Aan de andere kant zou een 95% deelnemingsvrijstelling ons land onaantrekkelijk maken voor zogenoemde doorstroomvennootschappen. Los van de vraag of men deze doorstroomvennootschappen wel of niet in Nederland wil hebben, zou mijns inziens vanuit de historie en ratio een 100% deelnemingsvrijstelling gecombineerd met in het algemeen voor iedere vennootschap van toepassing zijnde substance eisen meer voor de hand liggen, dan een 95% deelnemingsvrijstelling die er voor moet zorgen dat de doorstromers buiten ons land blijven.

¹¹⁵⁸ Het verder uitwerken van een blauwdruk voor een betere invulling van de liquidatieverliesregeling gaat mijn onderzoek te buiten. Voor suggesties voor een verbetering van de huidige invulling van de liquidatieverliesregeling verwijs ik naar de besproken literatuur in hoofdstuk 8.2.6.1.

¹¹⁵⁹ In een geheel zuivere toepassing van de ratio van de deelnemingsvrijstelling, zijnde het voorkomen van dubbele belasting (ne-bis-in-idem gedachte), wordt aan compartimentering niet toegekomen. Een zuivere toepassing van het ne-bis-in-idem beginsel betekent mijns inziens dat er geen nadere voorwaarden worden gesteld voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling en dat er dus ook niet door een verandering van de feiten en omstandigheden sprake kan zijn van een sfeerovergang. Een zuivere toepassing betekent ook dat er in de loop der jaren geen wetwijzigingen plaatsvinden en er dus ook niet aan regelcompartimentering wordt toegekomen.

bezitsvereiste) is toegepast. Bij bovengenoemde hervorming in 2001 heeft de wetgever de compartimenteringsgedachte uitvoerig wettelijk vastgelegd in overgangsregelgeving die zich uitstrekt over 18 jaar (§36-40 KStG).

Mijns inziens behoort het tot de beleidsvrijheid van de wetgever om in bepaalde situaties, indien de wetgever vindt dat inwerkingtreding met onmiddellijke werking tot onwenselijke gevolgen leidt, aanvullende overgangsmaatregelen, of toepassing van compartimenteren in de wet op te nemen.¹¹⁶⁰ Indien de wetgever een vorm van overgangsrecht of eerbiedigende werking (bijvoorbeeld toepassing van compartimentering) wenst, dan ben ik het wel met de Hoge Raad (BNB 2013/177) eens dat de wetgever dit zelf ook dan expliciet wettelijk moet regelen en niet moet overlaten aan de rechter zoals door de Nederlandse wetgever is gedaan.¹¹⁶¹ In die zin kan mijns inziens gesteld worden dat er op dit punt in mindere mate voldaan is aan de fiscaal-beleidsanalytische toets van mijn toetsingskader. De Nederlandse overheid heeft lange tijd niet de juiste keuze gemaakt door (regel)compartimentering niet wettelijk te regelen. Wat dat betreft had de Nederlandse wetgever een voorbeeld kunnen nemen aan de Duitse overgangsregeling in 2001 bij de hervorming destijds.

De keuze van de Nederlandse wetgever om compartimentering toe te passen bij sfeerovergangen in de deelnemingsvrijstelling vind ik wel juist. Ik ben van mening dat de compartimenteringsgedachte (in casu in de deelnemingsvrijstellingsregime) recht doet aan het gelijkheidsbeginsel (draagkrachtbeginsel) en rechtszekerheidsbeginsel en dat daarmee in betere zin voldaan wordt aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader. Dat neemt niet weg dat ik kritiek heb op de manier waarop de wetgever de compartimenteringsleer wettelijk heeft ingevuld. Mijns inziens zijn ten aanzien van de Wet compartimenteringsreserve de nodige fiscaal-juridische en fiscaal-wetstechnische punten te verbeteren (zie hoofdstuk 8.2.6.2).

8.4.3 Schematisch overzicht huidige overeenkomsten en verschillen

	Nederland	Duitsland
Historische ontwikkeling	Kapitaalimportneutraliteit; vrijstellingsmethode als hoofdmethode	Kapitaalexportneutraliteit Verrekeningsmethode als hoofdmethode
Ratio	Ne-bis-in-idem en/of verlengstukgedachte	Voorkoming dubbele belasting (ne-bis-in-idem)
Voorwaarden		
Bezitseis t.a.v. dividend	≥ 5%	≥ 10%
Bezitseis t.a.v. vermogensresultaten	≥ 5%	Geen
Non-voorraadeis	Ja	Nee (wel voor financieringsmaatschappijen)
Activiteitentoets	Ja	Nee
Onderworpenheidstoets	Ja	Nee
Deelnemingsvrijstelling niet van toepassing voor zover uitgekeerde winsten aftrekbaar zijn op niveau uitkerende vennootschap	Ja	Ja
CFC-wetgeving waardoor de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing kan worden verklaard	Nee (vanaf 1 januari 2019)	Ja (§7 tot en met §14 AStG)

¹¹⁶⁰ Vergelijk M. Bravenboer, Onmiddellijke werking, WFR 2005/465, paragraaf 6. Zie ook Pauwels die aangeeft dat tot de gereedschapskist van de wetgever onder andere "tijdelijke eerbiedigende werking, ingroeieregels, afbouwregels, bevroezingsregels, compartimentering, keuzeregeling, verzachtingsregels" behoren. M.R.T. Pauwels, Terugwerkende kracht van belastingwetgeving, NTFR-B 2010/13, paragraaf 3.

¹¹⁶¹ Vergelijk M.R.T. Pauwels, Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen 2009/13/01, SDU, paragraaf 11.13.3.

Het object		
Welke voordelen	Dividenden, vermogensresultaten en overige, waarbij de reikwijdte door wettelijke en rechterlijke regels is bepaald (art. 13 Wet VPB 1969)	Dividenden (§8b, Abs. 1 KStG jo. §20, Abs. 1 nr. 1, 2, 9 en 10, letter a EStG), vermogensresultaten §8b, Abs. 2 KStG), waarbij de reikwijdte door wettelijke en rechterlijke regels is bepaald.
Vrijstelling	100%	100% (feitelijke vrijstelling 95%)
Forfait niet aftrekbare kosten	Nee	Ja (5%)
Bruto - of nettovrijstelling	In beginsel bruto-vrijstelling, echter aan - en verkoopkosten van de deelneming zijn niet aftrekbaar.	Feitelijk een tussenvorm, want de hoofdregel dat kosten samenhangend met vrijgestelde inkomsten niet aftrekbaar zijn, wordt losgelaten (zou bruto-vrijstelling betekenen). Echter, er geldt een forfait van 5% niet aftrekbare kosten. Aankoopkosten en verkoopkosten van de deelneming zijn vallen onder de 95% deelnemingsvrijstelling.
Liquidatieverliesregeling	Ja (art. 13d Wet VPB 1969)	Nee
Compartmenteringsleer		
Toepassing feitencompartmentering	Ja	Nee (overgangsrecht)
Toepassing regelcompartmentering	Ja	Nee (overgangsrecht)

9 Concerngedachte (fiscale eenheid - Organschaft)

9.1 Inleiding

In dit hoofdstuk doe ik onderzoek naar de wijze waarop de belastingheffing van een concern in de vennootschapsbelasting in Nederland, respectievelijk *Körperschaftsteuer* en *Gewerbesteuer* in Duitsland is geregeld. Het belangrijkste fiscale leerstuk dat de concerngedachte als zodanig tot uiting brengt, is mijns inziens het fiscale eenheidsregime in Nederland, respectievelijk het *Organschaft* regime in Duitsland.

In hoofdstuk 9.2 behandel ik het Nederlandse fiscale eenheidsregime, waarbij ik in hoofdstuk 9.2.1 en 9.2.2 begin met een weergave van de historie en ratio. De huidige voorwaarden voor het kunnen vormen en de reikwijdte behandel ik in hoofdstuk 9.2.3. De wetsaanpassingen van 9 december 2016 (Wet aanpassing fiscale eenheid) om het Nederlandse fiscale eenheidsregime ten aanzien van zogenoemde Papillon fiscale eenheden in overeenstemming te brengen met het Europese recht worden in de verschillende paragrafen expliciet besproken (met name hoofdstuk 9.2.3). In hoofdstuk 9.2.4, 9.2.5 en 9.2.6 behandel ik op hoofdlijnen de regels die gelden bij het aangaan, tijdens het bestaan en bij het beëindigen van een fiscale eenheid. Naar aanleiding van deze uiteenzetting benoem ik in hoofdstuk 9.2.7 het mijns inziens meest relevante huidige discussiepunt in Nederland ten aanzien van het fiscale eenheidsregime, namelijk de mogelijke strijd met het EU-recht en of er betere alternatieven voorhanden zijn om recht te doen aan belastingheffing van groepen (vennootschappen). Deze discussiepunten analyseer ik in het licht van mijn in hoofdstuk 1.3.2.4 opgestelde toetsingskader.

Bij de behandeling van de *Organschaft* hanteer ik in principe eenzelfde paragraafindeling als bij de Nederlandse uiteenzetting. Het onderzoek naar de systematiek en de invulling van de Duitse regels omtrent de *Organschaft* heeft als doel om een analyse te kunnen maken hoe Duitsland met het in hoofdstuk 9.2.7 benoemde (Nederlandse) discussiepunt omgaat en of aldaar rechtsregels of ontwikkelingen ten aanzien van dit discussiepunt aanbevelenswaardig voor Nederland zouden kunnen zijn. Dit toets ik wederom aan de hand van mijn in hoofdstuk 1.3.2.4 opgestelde toetsingskader. Als voor de *Körperschaftsteuer* sprake is van een *Organschaft*, dan bestaat deze ook automatisch voor de *Gewerbesteuer*. Op de afzonderlijke *Gewerbesteuer* aspecten met betrekking tot een *Organschaft* zal ik niet ingaan, evenmin als op de btw-regels voor de fiscale eenheid en de *Organschaft*. In dit hoofdstuk zal ik daarnaast slechts zijdelings ingaan op de samenloop van het fiscale eenheidsregime met andere regelingen (bijvoorbeeld de deelnemingsvrijstelling, fusie en splitsing) in de vennootschapsbelasting, respectievelijk de *Körperschaftsteuer*.

9.2 Nederland

9.2.1 Historische ontwikkeling

Een bepaling die het mogelijk maakte om van een groep vennootschappen als geheel belasting te heffen, vinden we voor het eerst terug in het Besluit Winstbelasting 1940 (art. 27). Aangenomen wordt dat de aanleiding voor het opnemen van een fiscale eenheidregeling een artikel van Van Loon in de NV¹¹⁶² in 1940 was, waarin hij pleitte om aan moedermaatschappijen die alle aandelen van een dochtermaatschappij bezitten de mogelijkheid te verschaffen om bij toepassing van de winstbelasting als een geheel met de dochterondernemingen te worden beschouwd.¹¹⁶³ Vanuit de Tweede Kamer werd vervolgens voorgesteld een afzonderlijke regeling te treffen, die rekening houdt met de verschillende resultaten binnen een concern.¹¹⁶⁴ De overgang van een uitdelingsbelasting

¹¹⁶² J. van Loon, De holding-maatschappij in het wetsontwerp, De NV 15 februari 1940, blz. 350.

¹¹⁶³ J. Verburg, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, Belastingconsulentendag'77, nr. 22, FED, Kluwer, 1977, blz. 12. Voor een historische uiteenzetting zie ook J. Hoogendoorn, Oorsprong en karakter van het instituut fiscale eenheid, MBB 1995/375, paragraaf 1, B.A. van Tuijl, Fiscale Eenheid, WFR 1979/336, paragraaf 2 en A.J. van Soest, De regeling van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, FED, Kluwer, 1983, hoofdstuk 1.

¹¹⁶⁴ Zie ook C.L. van Lindonk, De onderneming en haar fiscale verschijningsvormen, Gouda Quint BV, Arnhem, 1990.

naar een winstbelasting zou dat wenselijk maken. Voorgesteld werd een heffing op basis van een verzamelbalans voor de gehele onderneming, waarbij belasting wordt geheven alsof de dochtermaatschappij in de moedermaatschappij is opgegaan.¹¹⁶⁵ De fiscale eenheid bepaling uit het Besluit Winstbelasting 1940 werd ongewijzigd overgenomen in het Besluit VPB 1942 (art. 32). Dit was op zich opmerkelijk, omdat de Duitse bezetter geen wettelijke regeling (in de KStG) kende.

Van Soest geeft aan dat het fiscale eenheidsregime in de periode 1941 tot en met 1969 niet of nauwelijks verder is uitgewerkt of ontwikkeld. De voorwaarden gesteld aan het kunnen toepassen van het fiscale eenheidsregime waren aan het begin van deze periode vrijwel gelijk aan de voorwaarden aan het eind van deze periode. Daarnaast merkt hij op dat onder de werking van art. 27 Besluit Winstbelasting 1940 het regime werd geweigerd indien de activiteiten van de moeder- en dochtermaatschappij(en) niet in elkaars verlengde lagen. Het Ministerie van Financiën zou deze eis in de loop van de jaren vijftig hebben laten vallen.¹¹⁶⁶

In 1956 deed de Hoge Raad een belangrijke uitspraak over de reikwijdte van het fiscale eenheidsregime.¹¹⁶⁷ De belastingplichtige was van mening dat de fiscale eenheid niet verder reikt dan de compensatie van winsten en verliezen van tot de eenheid behorende maatschappijen. De Hoge Raad oordeelde echter dat de fiscale eenheid, een fiscale fusie voor de vennootschapsbelasting, verder gaat dan het samenvoegen van de voor de dochter en de moeder zelfstandig berekende winsten en verliezen. De dochtermaatschappij maakt volgens de Hoge Raad geen eigen winsten of verliezen meer.

In de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 werd het fiscale eenheidsregime weliswaar overgenomen, maar met de beperking dat de regeling voortaan slechts kon worden toegepast wanneer beide lichamen NV's zijn. Volgens de parlementaire toelichting zou gebleken zijn dat alleen voor NV's werkelijk behoefte bestaat aan een fiscale eenheidsregime.¹¹⁶⁸

Het fiscale eenheidsregime heeft historisch gezien tot 2003 een relatief rustig bestaan gekend.¹¹⁶⁹ In 2003 is het fiscale eenheidsregime ingrijpend gewijzigd.¹¹⁷⁰ De belangrijkste wijzigingen waren de versoepeling van de bezitseis van 100% (de zoekgeraakte aandelen niet meerekenend) naar 95% en dat de bij elke fiscale eenheid door de inspecteur apart te stellen (standaard)voorwaarden in de wet zijn opgenomen. Daarnaast is de huidige antimisbruikbepaling art. 15ai Wet VPB 1969 vereenvoudigd en ontdaan van overkill ten opzichte van de oudere zestiende standaardvoorwaarde. Onder het oude regime was het tijdstip van de totstandkoming en beëindiging van een fiscale eenheid verplicht het begin of het einde van het boekjaar. In het huidige regime is het mogelijk dat een dochtermaatschappij in de loop van het boekjaar deel gaat uitmaken van een fiscale eenheid of die verlaat. Tot slot wordt gewezen op de vestigingsplaatseisen die vanaf 2003 werden verscherpt. In 2003 was er in eerste instantie voorgesteld om de opgaan-in-gedachte te vervangen door een in principe volledig in stand blijvende belastingplicht voor alle fiscale eenheid maatschappijen gecombineerd met een volledige consolidatie van de fiscale resultaten. Op dit voorstel werd in de literatuur¹¹⁷¹ negatief gereageerd en ook de Tweede Kamer was niet enthousiast.¹¹⁷² Uiteindelijk is

¹¹⁶⁵ Kamerstukken II, 1939-1940, nr. 239 (voorlopig verslag), blz. 22.

¹¹⁶⁶ A.J. van Soest, De regeling van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, FED, Kluwer, 1983, blz.26.

¹¹⁶⁷ HR 22 februari 1956, nr. 12 518, BNB 1956/132.

¹¹⁶⁸ Kamerstukken II, 1959-1960, 6000, nr. 3, blz. 21.

¹¹⁶⁹ Voor een overzicht van de belangrijkste wijzigingen in die periode verwijs ik naar Q.W.C.J.H. Kok, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, SDU Fiscaal wetenschappelijke reeks nr. 5, 2005, hoofdstuk 3.2.4. Voor een overzicht van de belangrijkste knelpunten (stand van zaken 1995) verwijs ik naar Vereniging van Belastingwetenschap, rapport ter bestudering van de belastingheffing van concerns volgens artikel 15 Wet op de vennootschapsbelasting 1969, nr. 199, 1995.

¹¹⁷⁰ Voor een overzicht van de belangrijkste wijzigingen verwijs ik naar J.A.G. van der Geld, Hoofdzaken Vennootschapsbelasting, 8^e druk, Kluwer, 2012, paragraaf 10.4 en Q.W.C.J.H. Kok, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, SDU Fiscaal wetenschappelijke reeks nr. 5, 2005, hoofdstuk 3.2.5.

¹¹⁷¹ Zie bijvoorbeeld de artikelen in het themanummer over de herziening WFR 2000/6370.

¹¹⁷² Kamerstukken II, 1999-2000, 26854, nr. 5.

(bij Eerste Nota van Wijziging) toch gekozen voor handhaving van de sinds 1940 geldende "opgaan-in-gedachte". Wel is bepaald dat de gevoegde dochtermaatschappij subjectief belastingplichtig blijft voor de vennootschapsbelasting ter voorkoming van problemen in de toekomst bij verdragspartners.¹¹⁷³

Het huidige fiscale eenheidsregime in de vennootschapsbelasting is geregeld in art. 15-15a Wet VPB 1969 en het Besluit Fiscale eenheid 2003. Verder is van belang het beleidsbesluit Fiscale eenheid, gepubliceerd in *BNB* 2011/63. Het fiscale eenheidsregime is laatstelijk gewijzigd op 9 december 2016 (Wet aanpassing fiscale eenheid). Aanleiding voor de wetswijzigingen was een uitspraak van het Europese Hof van Justitie omtrent Papillon fiscale eenheden. Het Hof oordeelde dat het mogelijk zou moeten zijn een fiscale eenheid te vormen tussen Nederlandse zustermaatschappijen met een in de EU/EER gevestigde topmaatschappij en tussen Nederlandse moeder- en kleindochtermaatschappijen met een in de EU/EER gevestigde tussenmaatschappij.

9.2.2 Ratio

Bij het onderzoek naar de grondslag van het fiscale eenheidsregime komt steevast naar voren de wens van de wetgever om voor de belastingheffing aan te sluiten bij het concern. "Het instituut van de fiscale eenheid voor de heffing van de vennootschapsbelasting van lichamen strekt ertoe concernvorming niet in de weg te staan", antwoordt de staatssecretaris van Financiën vrij recentelijk nog op de tijdens de parlementaire behandeling van de Wet aanpassing fiscale eenheid gestelde vraag wat de filosofie achter de regeling van de fiscale eenheid is en wat het kabinet met de regeling tracht te bereiken.¹¹⁷⁴ In de Wet op de vennootschapsbelasting wordt geen definitie gegeven van het begrip concern.¹¹⁷⁵

Een ander punt dat bij het onderzoek naar de grondslag voor het fiscale eenheidsregime naar voren komt, is de spanning tussen het belasten op concernniveau (economisch uitgangspunt) en de hoofdregel in de vennootschapsbelasting dat ieder lichaam juridisch gezien zelfstandig vennootschapsbelastingplichtig is.¹¹⁷⁶ Bij het fiscale eenheidsregime wordt met andere woorden (bij fictie) een uitzondering gemaakt op de hoofdregel dat ieder lichaam juridisch gezien zelfstandig vennootschapsbelastingplichtig is.¹¹⁷⁷

¹¹⁷³ Een vennootschap komt in aanmerking voor verdragsbescherming als sprake is van onderworpenheid aan belastingheffing.

¹¹⁷⁴ Kamerstukken II, 2015-2016, 34 323, nr. 6, blz.7 en 8. De staatssecretaris geeft aan dat de regeling van de fiscale eenheid zijn inziens past in de systematiek van de vennootschapsbelasting en recht doet aan de concerngedachte. Er is volgens hem bij het fiscale eenheidsregime sprake van een belastingheffing die aansluit bij de werkelijkheid waarin belastingplichtigen in voorkomende gevallen als een concern optreden. Ook zonder een regime als dat van de fiscale eenheid lijkt het niet goed voorstelbaar dat er niet op enigerlei wijze wordt voorzien in een regeling voor verliesverrekening binnen een groep, aldus de staatssecretaris.

¹¹⁷⁵ Voor een uiteenzetting van het concernbegrip, concernvorming en concernrecht verwijs ik naar Q.W.C.J.H. Kok, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, SDU Fiscaal wetenschappelijke reeks nr. 5, 2005, hoofdstuk 2. Kok verstaat onder concern: "Een concern is een onder centrale leiding van de moedermaatschappij staande economische eenheid van rechtspersonen en vennootschappen, welke met het oog op het voeren van een gemeenschappelijke strategie en het coördineren van het beleid van die rechtspersonen en vennootschappen, organisatorisch zijn verbonden." Kok wijst er op dat de concerngedachte in de VPB naast het fiscale eenheidsregime verder nog tot uiting komt bij de deelnemingsvrijstelling, het begrip verbonden - en gelieerde lichamen en het afgeschafte concernfinancieringsregime van art. 15b Wet VPB 1969 (oud) en het civiel-juridische groepsbegrip van art. 10d Wet VPB 1969 (oud). Zie ook A.J. van Soest, De regeling van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, FED, 1983, blz.149 e.v.

¹¹⁷⁶ Vergelijk Verburg die wijst op de spanning tussen recht en economie in relatie met het concern. De juridische zelfstandigheid van de delen contrasteert met de economische eenheid van het geheel. J. Verburg, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, *Belastingconsulentendag*'77, nr. 22, FED, 1977, blz. 9.

¹¹⁷⁷ Mijns inziens terecht merkt Dusarduin op dat als de vennootschapsbelasting zich richt op het zelfstandig belasten van de belastbare winst van iedere vennootschap, de fiscale eenheid - de veronderstelling dat een

In de literatuur is er meermaals op gewezen dat de economische realiteit van concernvorming moet worden erkend in de belastingwetgeving.¹¹⁷⁸ Kok wijst op het welvaartsbeginsel en neutraliteitsbeginsel als grondslagen van het fiscale eenheidsregime. Aangezien concerns een belangrijke rol vervullen bij de "productie" van welvaart, moet volgens Kok hun ontwikkeling zo min mogelijk worden geremd door fiscale wetgeving. Daarnaast is Kok van mening dat de belastingwetgever zoveel mogelijk neutraal moet staan tegenover de wijze waarop belastingplichtigen "hun zaakjes" organiseren, dus ook ten opzichte van de keuze om de onderneming over meerdere entiteiten te verdelen of te concentreren in één entiteit.¹¹⁷⁹

Van der Linde¹¹⁸⁰ destilleert uit de totstandkomingsgeschiedenis¹¹⁸¹ van de fiscale eenheid twee doelstellingen van de wetgever, namelijk (i) het ne-bis-in-idem-beginsel zoals dat ook aan de deelnemingsvrijstelling ten grondslag ligt en (ii) het (horizontaal) kunnen verrekenen van verliezen van tot een groep behorende lichamen. Volgens Kok¹¹⁸² is er ook nog een derde doelstelling, namelijk het onbelast laten van interne transacties binnen fiscale eenheid. Deze laatste doelstelling is volgens Kok niet met zoveel woorden door de Kamer of de Minister van Financiën tot uitdrukking gebracht, maar het is volgens hem niet onvoorzichtig te veronderstellen, mede gelet op overleg tussen het bedrijfsleven en het Ministerie van Financiën, dat deze overweging mede ten grondslag heeft gelegen aan de keuze voor de "opgaan in" benadering, in plaats van bijvoorbeeld een beperktere regeling om fiscale verliezen binnen een groep over te dragen. Uit het hierboven in hoofdstuk 9.2.1 besproken arrest BNB 1956/132¹¹⁸³ kan mijns inziens geconcludeerd worden dat de Hoge Raad het eens is met deze zienswijze. Ook Christiaanse geeft aan dat art. 27 Besluit Winstbelasting 1940 is gebaseerd op de eenheidstheorie.¹¹⁸⁴ Van Tuijl is van mening dat uit de geciteerde woorden van de Kamerleden bij de totstandkoming met zoveel woorden blijkt dat de fiscale eenheid berust op de verlengstukgedachte.¹¹⁸⁵

Het fiscale eenheidsregime is vanaf begin af aan louter een fiscale aangelegenheid geweest. De rechtspersoonlijkheid van de dochtermaatschappij blijft volledig in stand.¹¹⁸⁶ Ook is in Nederland niet aangesloten bij het voor het civiele concernrecht belangrijke onderdeel consolidatie, met andere woorden, de commerciële geconsolideerde jaarrekening staat in principe geheel los van de consolidatiegedachte (opgaan-in-gedachte) van het fiscale eenheidsregime. In Nederland bestaat er dus niet zoiets als een (gesloten) systeem voor de belastingheffing van concerns. Er bestaan

aantal vennootschappen één vennootschap zou vormen - binnen deze wet als een rechtsfictie kwalificeert. De faciliteit schuift volgens haar immers de reguliere fiscale rechtswerkelijkheid van de zelfstandige belastingplicht bewust opzij. Echter, zoals ze in een voetnoot opmerkt sluit de fictie daardoor wel aan bij de economische werkelijkheid. S. Dusarduijn, *De Rechtsfictie in de inkomstenbelasting*, ISBN 978-90-9029380-6, blz. 136.

¹¹⁷⁸ Zie bijvoorbeeld D. Juch, *De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting*, FED, 1974, blz. 10 e.v. en J. Verburg, *vennootschapsbelasting*, Fiscale Handboeken nr. 4, 2000, paragraaf 15.2.

¹¹⁷⁹ Q.W.C.J.H. Kok, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, SDU Fiscaal wetenschappelijke reeks nr. 5, 2005, hoofdstuk 4.3.

¹¹⁸⁰ G. van der Linde, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, WFR 1967/385.

¹¹⁸¹ Zie Kamerstukken II, 1939-1940, 239, nr. 4, blz. 23 en Kamerstukken II, 1939-1940, 239, nr. 5, blz. 32.

¹¹⁸² Q.W.C.J.H. Kok, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, SDU Fiscaal wetenschappelijke reeks nr. 5, 2005, hoofdstuk 3.2.1.

¹¹⁸³ HR 22 februari 1956, nr. 12 518, BNB 1956/132.

¹¹⁸⁴ J.H. Christiaanse, *De historie van de deelnemingsvrijstelling vennootschapsbelasting in de buitenlandse verhouding in Duitsland*, WFR 1962/399.

¹¹⁸⁵ B.A. van Tuijl, *Fiscale eenheid*, WFR 1979/336, paragraaf 2.

¹¹⁸⁶ Zie ook J. Verburg, *vennootschapsbelasting*, Fiscale Handboeken nr. 4, 2000, paragraaf 15.2. Verburg geeft aan dat slechts de fiscale zelfstandigheid van de dochtermaatschappij wordt uitgewist. Smeets geeft aan dat het object van heffing (van de dochtermaatschappij) aan de moedermaatschappij wordt toegerekend, maar de dochtermaatschappij wel subjectief belastingplichtig blijft. M.J.H. Smeets, *Fiscale aspecten van houdstermaatschappijen*, WFR 1968/4896.

verschillende fiscale wettelijke regelingen die op concerns van toepassing zijn, maar wat betreft ratio, voorwaarden en uitwerking (sterk) van elkaar verschillen.

Bovenstaande samenvattend, sluit ik mij graag aan bij de omschrijving van De Vries en Kok die aangeven dat de fiscale eenheid een "faciliteit" is die inbreuk maakt op het aan de VPB ten grondslag liggende uitgangspunt dat alle lichamen zelfstandig in de heffing worden betrokken, doordat het belastingobject van alle tot de fiscale eenheid behorende lichamen aan de moedermaatschappij van die eenheid wordt toegerekend.¹¹⁸⁷ De bedrijfseconomische realiteit van de groep wordt op verzoek als één geïntegreerde economische entiteit fiscaal gevolgd.

9.2.3 De voorwaarden en reikwijdte¹¹⁸⁸

Een fiscale eenheid is mogelijk indien de moedermaatschappij ten minste 95% van de gehele juridische en economische eigendom bezit van de aandelen in de dochtermaatschappij, beide lichamen in Nederland zijn gevestigd, voor beide lichamen hetzelfde fiscale regime geldt, lichamen in principe een gelijklopend boekjaar hebben, moeder en dochter een voorgeschreven rechtsvorm hebben en partijen een verzoek doen. Als aan deze voorwaarden is voldaan kan van hen vennootschapsbelasting worden geheven als ware er één belastingplichtige (dat wil zeggen alsof de dochtermaatschappij is opgegaan in de moedermaatschappij).¹¹⁸⁹

De belangrijkste gevolgen van een fiscale eenheid zijn de mogelijkheid tot horizontale verliescompensatie en die om zonder belastingheffing activa en/of passiva van de ene fiscale eenheid vennootschap aan de andere over te dragen. Verder behoeft op intercompany transacties binnen de fiscale eenheid geen fiscale winst te worden genomen. Hieronder zal nader worden ingegaan op de voorwaarden voor het vormen van een fiscale eenheid.¹¹⁹⁰

9.2.3.1 Op verzoek; beperkte terugwerkende kracht van maximaal drie maanden

Een fiscale eenheid ontstaat niet van rechtswege, doch slechts op verzoek van de desbetreffende belastingplichtigen. Vennootschappen kunnen dus – mits zij aan de voorwaarden voldoen – zelf bepalen of zij een fiscale eenheid willen vormen of niet. Wensen belastingplichtigen een fiscale eenheid te vormen, dan dienen zij daartoe een verzoek in te dienen bij de ten aanzien van de moedermaatschappij competente belastinginspecteur en wel binnen drie maanden na het gewenste voegingstijdstip (art. 15 lid 9 Wet VPB 1969). Er is dus een beperkte terugwerkende kracht van maximaal drie maanden mogelijk. De belastinginspecteur beslist vervolgens op dit verzoek bij beschikking, waarin hij al dan niet een fiscale eenheid toestaat (art. 15 lid 12 Wet VPB 1969). Tegen deze beschikking (of het uitblijven ervan) kunnen belastingplichtigen in bezwaar en vervolgens in beroep gaan.

Binnen een concern zijn meerdere fiscale eenheden denkbaar alsook dochtervennootschappen die geen deel uitmaken van een fiscale eenheid. Een dochtervennootschap kan slechts met één moedermaatschappij een fiscale eenheid vormen voor de Nederlandse VPB. Omdat het aandelenbezit van een gevoegde dochter wordt toegerekend aan de moedermaatschappij (omdat die gevoegde dochter immers geacht wordt te zijn opgegaan in de moedermaatschappij) is het ook mogelijk dat kleindochters en lichamen nog "lager" in het concern deel uitmaken van een fiscale eenheid. Er kan geen fiscale eenheid gevormd worden tussen *alleen* een in Nederland gevestigde moeder- en kleindochtermaatschappij, als ook de dochtermaatschappij in Nederland gevestigd is.

¹¹⁸⁷ Q.W.J.C.H. Kok/R.J. de Vries, Het nieuwe beleidsbesluit fiscale eenheid: Belangrijke stappen vooruit en gemiste kansen, WFR 2011/262, paragraaf 2.

¹¹⁸⁸ Delen van de gebruikte teksten in dit hoofdstuk zijn ook terug te vinden in de door mij verzorgde hoofdstukken in J.A.G. van der Geld/F.J. Elswier/S.A. Stevens, Hoofdzaken vennootschapsbelasting, 12^e druk, 2016, hoofdstuk 10 en C. Bruijsten/F.J. Elswier, Kluwer VPB gids, 2017, hoofdstuk 10.

¹¹⁸⁹ Zie ook J.A.G. van der Geld/F.J. Elswier/S.A. Stevens, Hoofdzaken vennootschapsbelasting, 12^e druk, 2016, paragraaf 10.2.

¹¹⁹⁰ Voor een nadere uiteenzetting van de voorwaarden en reikwijdte van het fiscale eenheidsregime (stand per 1 januari 2012) verwijs ik ook naar G.C. van der Burgt/F.J. Elswier, Het fiscale eenheidsregime in de vennootschapsbelasting: Recente ontwikkelingen in regelgeving en rechtspraak, WFR 2011/1682.

Blijkens art. 15 lid 10 Wet VPB 1969 eindigt een fiscale eenheid in de gevallen dat niet meer aan de voorwaarden wordt voldaan. Bij een fiscale eenheid met meerdere dochtermaatschappijen, waarbij bijvoorbeeld de aandelen in een van die dochtermaatschappijen worden verkocht, verbreekt de fiscale eenheid slechts ten aanzien van die ene dochtermaatschappij en niet ten aanzien van de andere dochtermaatschappijen. De fiscale eenheid wordt minimaal voor een periode van één boekjaar aangegaan. Als voeging van een dochtermaatschappij plaatsvindt gedurende een boekjaar en de ontvoeging plaatsvindt in hetzelfde boekjaar wordt namelijk verondersteld dat de fiscale eenheid niet tot stand is gekomen (art. 15 lid 11 Wet VPB 1969).

9.2.3.2 *Bezitseis*

Een fiscale eenheid kan alleen tot stand komen indien de moedermaatschappij zowel de gehele juridische als de economische eigendom bezit van ten minste 95% van het nominaal gestort aandelenkapitaal van de dochtermaatschappij terwijl dit aandelenbelang tevens ten minste 95% van de statutaire stemrechten vertegenwoordigt alsmede recht geeft op ten minste 95% van de winst en het vermogen van de dochtermaatschappij (art. 15 lid 1 Wet VPB 1969)¹¹⁹¹ De bezitseis is per 9 december 2016 aangepast (het woordje "gehele" is toegevoegd), omdat de wetgever ongelukkig was met de uitkomst van het zogenoemde STAK-arrest.¹¹⁹²

In het Besluit FE 2003 zijn nadere beleidsregels te vinden omtrent het hebben van verschillende soorten aandelen (art. 2 Besluit FE 2003) en situaties waarbij het moment van overgang van de economische eigendom verschilt van de juridische eigendomsovergang (art. 4 Besluit FE 2003). In het besluit BNB 2011/63 staat de interpretatie van de staatssecretaris in gevallen van opties op, en/of verpanding van aandelen in relatie met de bezitseis.

De moedermaatschappij behoeft het 95%-belang in de dochtermaatschappij niet rechtstreeks te bezitten. Art. 15 lid 2 Wet VPB 1969 bepaalt namelijk dat, als de moedermaatschappij een middellijke bezit heeft in een dochtermaatschappij en dit bezit wordt gehouden via een andere fiscale-eenheidsmaatschappij, dat middellijke bezit ook meetelt voor de "ten minste 95%"-grens.

9.2.3.3 *Boekjareneis*

Vanwege de opgaan-in-gedachte is het een logische eis dat in principe de boekjaren van de moedermaatschappij en dochtermaatschappij gelijk behoren te lopen (boekjareneis, art. 15 lid 4, onderdeel a Wet VPB 1969). De dochtermaatschappij kan direct vanaf verwerving van (ten minste 95% van) haar aandelen door de moedermaatschappij opgenomen worden in de fiscale eenheid. De dochtermaatschappij dient dan haar lopende boekjaar net voor aanvang van de fiscale eenheid af te sluiten en vanaf de aanvang van de fiscale eenheid haar boekjaar voortaan gelijk met de moedermaatschappij af te sluiten.¹¹⁹³

9.2.3.4 *Zelfde-fiscale-regime-eis*

Voor de bepaling van de winst van de fiscale eenheidsmaatschappijen dienen bij elk van de maatschappijen dezelfde bepalingen ter vaststelling van de fiscale winst van toepassing te zijn (art.

¹¹⁹¹ Zie het eerste lid van art. 15 Wet VPB 1969. De eis omtrent de stemrechten werd in de praktijk al gesteld maar is in 2012 in de wet opgenomen in verband met de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht (Flex-BV), die op 1 oktober 2012 in werking is getreden. De Flex-BV-wetgeving maakt het mogelijk om winst- en stemrechten over verschillende aandelen te verdelen. Omdat de fiscale eenheid een zeer vergaande regeling is, heeft de wetgever het passend geacht om 95% te eisen van zowel de winst- en vermogensrechten als de stemrechten.

¹¹⁹² HR 18 juni 2010, nr. 08/03662, BNB 2010/266. In het arrest is bepaald dat een dochtervennootschap waarvan de aandelen gecertificeerd zijn bij een Stichting Administratiekantoor, onder omstandigheden toch in een fiscale eenheid mag worden opgenomen. Die omstandigheden waren in casu dat de moedermaatschappij via een bindende steminstructie richting het stichtingsbestuur wel de volledige zeggenschap in de dochtermaatschappij behield en dat er geen mogelijkheid tot decertificering bestond. De aangescherpte bezitseis is ook van belang voor naar Nederlandse maatstaven fiscaal transparante tussenmaatschappijen met rechtspersoonlijkheid. Deze maatschappijen voldoen ook niet (meer) aan de bezitsvereiste en kunnen zodoende geen deel uitmaken van een Nederlandse fiscale eenheid.

¹¹⁹³ Voor nieuw opgerichte moedermaatschappijen of dochtermaatschappijen zie art. 5 lid 1-3 Besluit FE 2003.

15 lid 4, onderdeel b Wet VPB 1969). Lichamen die normaal aan de vennootschapsbelasting onderworpen zijn, kunnen dus een fiscale eenheid aangaan. Met deze voorwaarde wil de wetgever voorkomen dat er verschillende fiscale regimes¹¹⁹⁴ automatisch in één fiscale eenheid belanden. Dit is een wettelijke voorwaarde waarvan de staatssecretaris volgens art. 15 lid 7 Wet VPB 1969 bij algemene maatregel van bestuur mag afwijken.

9.2.3.5 Vestigingsplaats

Voor het vormen van een fiscale eenheid geldt als voorwaarde dat de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij feitelijk in Nederland moeten zijn gevestigd (art. 15 lid 4, onderdeel c Wet VPB 1969).¹¹⁹⁵ Onder het huidige fiscale eenheidsregime is het de Nederlandse vaste inrichting van een buitenlandse NV/BV-'look-a-like' expliciet toegestaan deel uit te maken van een fiscale eenheid (als moeder en/of als dochter, zie art. 15 lid 8 Wet VPB 1969 juncto art. 3 Besluit FE 2003).

9.2.3.5.1 Grensoverschrijdende fiscale eenheid mogelijk?

Ten aanzien van de vraag in hoeverre het Nederlandse fiscale eenheidsregime grensoverschrijdende effecten heeft, is een aantal arresten van het Europese Hof van Justitie van belang en (mogelijk) van invloed.

Marks & Spencer II¹¹⁹⁶

In het Marks & Spencer II arrest besliste het Europese Hof van Justitie dat - wil een beperking van het fiscale eenheidsregime tot louter binnenlandse gevallen acceptabel zijn - een verlies dat definitief niet verrekenbaar is bij de buitenlandse dochtervennootschap, bij de moedervennootschap in aanmerking moet kunnen worden genomen. De staatssecretaris heeft aangegeven er vanuit te gaan dat de Nederlandse wetgeving Marks & Spencer II proof is, vanwege het feit dat we in Nederland de in hoofdstuk 8.2.4.3 en 8.2.6.1 besproken liquidatieverliesregeling kennen.¹¹⁹⁷

X Holding

Het feit dat buitenlandse lichamen (zonder vaste inrichting in Nederland) geen deel mogen uitmaken van een fiscale eenheid is niet onomstreden. De vraag naar de verenigbaarheid van het fiscale eenheidsregime met de vrijheid van vestiging is voorgelegd aan het Europese Hof van Justitie. In het X Holding arrest¹¹⁹⁸ besliste dit Hof dat het weren van in het buitenland gevestigde dochtermaatschappijen uit een fiscale eenheid geen verboden belemmering is. Op 7 januari 2011 bevestigde de Hoge Raad in het X Holding arrest deze beslissing. Op dat punt lijkt de Nederlandse regeling dus EU-proof.

Papillon / SCA Group Holding

De Nederlandse regeling bleek niet EU-proof te zijn als het gaat om de mogelijkheid een fiscale eenheid te vormen tussen een feitelijk in Nederland gevestigde moedermaatschappij en een eveneens feitelijk in Nederland gevestigde kleindochtermaatschappij, terwijl de aandelen in de kleindochtermaatschappij worden gehouden door een feitelijk in een andere lidstaat van de EU/EER gevestigde tussenhoudster. Hetzelfde geldt ten aanzien van feitelijk in Nederland gevestigde dochtermaatschappijen (zustermaatschappijen) waarvan de aandelen in handen zijn van een feitelijk in een andere lidstaat van de EU/EER gevestigde moedermaatschappij (die niet beschikt over een vaste inrichting in Nederland). Het Europese Hof van Justitie had in 2008 al geoordeeld in het

¹¹⁹⁴ Er zijn in de VPB o.a. afwijkende regimes geschapen voor beleggingsinstellingen (art. 28 Wet VPB 1969) en verzekeraars (art. 29 Wet VPB 1969 juncto het Besluit Reserve Verzekeraars).

¹¹⁹⁵ Normaliter heeft een lichaam haar fiscale vestigingsplaats in het land, waar haar bestuur zetelt en de feitelijke leiding aanwezig is (art. 4 AWR 1959). Gelijktijdig met de invoering van het nieuwe fiscale eenheidsregime in 2003 geldt de vestigingsplaatsfictie van art. 2 lid 4 Wet VPB 1969 niet langer voor de fiscale eenheid. Hiermee is het arrest van de Hoge Raad van 29 juni 1988, nr. 24738, BNB 1988/331, gerepareerd. Dit arrest was de fiscus onwettig, omdat hiermee verliezen zowel in het land van feitelijke vestiging van de dochtermaatschappij als in Nederland via de fiscale eenheid in aftrek konden worden gebracht.

¹¹⁹⁶ HvJ EG 13 december 2005, nr. C-446/03 (Marks & Spencer II), BNB 2006/72.

¹¹⁹⁷ Kamerstukken II, 2005-2006, 30107, nr. 2, blz. 7.

¹¹⁹⁸ HvJ EU 25 februari 2010, nr. C-337/08 (X Holding) BNB 2010/166.

zogenoemde Papillon-arrest dat de Franse fiscale eenheidsregels in soortgelijke gevallen in strijd waren met Europees recht. Dit was reden voor Hof Amsterdam om op 17 januari 2013 prejudiciële vragen te stellen aan het Europese Hof van Justitie of de Nederlandse beperkingen voor een grensoverschrijdende Papillon fiscale eenheid in overeenstemming zijn met EU-recht (*SCA Group Holding BV1 and others*).¹¹⁹⁹ Het Europese Hof van Justitie besliste op 12 juni 2014 dat de Nederlandse fiscale eenheid op beide punten (verbod op fiscale eenheid met Nederlandse kleindochter en fiscale eenheid tussen Nederlandse zustermaatschappijen) in strijd is met het EU-recht. In zijn einduitspraak op 11 december 2014 in deze zaken bevestigt Hof Amsterdam de conclusie van het Europese Hof. Om de mogelijkheid van Papillon fiscale eenheden wettelijk te verankeren in het Nederlandse fiscale eenheidsregime is per 9 december 2016 de Wet aanpassing fiscale eenheid in werking getreden.¹²⁰⁰ De wetgever heeft er voor gekozen om zoveel mogelijk aan te sluiten bij de voorwaarden en de uitwerking van het bestaande fiscale eenheidsregime. De staatssecretaris heeft van de gelegenheid gebruik gemaakt om in het wetsvoorstel ook een paar andere nationaalrechtelijke aanpassingen van de fiscale eenheid door te voeren, zoals de in hoofdstuk 9.2.3.2 besproken aanscherping van de bezitseis. De Wet aanpassing fiscale eenheid breidt het huidige fiscale eenheidsregime uit voor twee situaties, namelijk de fiscale eenheid voor Nederlandse zustermaatschappijen met een in de EU/EER gevestigde *topmaatschappij* en de fiscale eenheid voor moeder/kleindochtervarianten met een in de EU/EER gevestigde *tussenmaatschappij*. Er zijn overigens ook allerlei zustermaatschappij-, tussenmaatschappij-, en vaste inrichting varianten mogelijk.¹²⁰¹ Voor de rechtsvormen ten aanzien van de topmaatschappij en tussenmaatschappij geldt een parallel met de huidige rechtsvormen die gelden voor een moedermaatschappij, respectievelijk dochtermaatschappij binnen een fiscale eenheid (rechtsvormen). De topmaatschappij en/of tussenmaatschappij moet in de EU/EER gevestigd zijn (vestigingsplaatseis).¹²⁰² Daarnaast geldt de voorwaarde dat de topmaatschappij en/of tussenmaatschappij, indien deze in Nederland gevestigd zou zijn, in Nederland aan de heffing van vennootschapsbelasting zou zijn onderworpen (onderworpenheidseis). De buitenlandse top- of tussenmaatschappij maakt zelf geen deel uit van de Nederlandse fiscale eenheid.

Groupe Steria en de per-element-benadering

In het door het Europese Hof van Justitie gewezen arrest *Groupe Steria*¹²⁰³ gaat het om de vraag of Frankrijk dividenden ontvangen van buitenlandse deelnemingen mag belasten tegen 5%, terwijl dividenden ontvangen van binnenlandse deelnemingen – als gevolg van het Franse fiscale consolidatie regime – in het geheel niet worden belast. Het Europese Hof oordeelt dat dit in strijd is met EU-recht en kiest daarmee voor een zogenoemde per element benadering. Per element (van een fiscale eenheid of consolidatie regime) moet bekeken worden of er in grensoverschrijdende situaties een geldige rechtvaardigingsgrond is voor het weigeren van een bepaald voordeel. Uit de arresten

¹¹⁹⁹ HvJ EU 12 juni 2014, nr. C 39/13, C 40/13 en C 41/13 (*SCA Group Holding BV1 and others*), V-N 2014/30.9.

¹²⁰⁰ Kamerstukken II, 2015-2016, 34323, Wet van 30 november 2016, nr. Stb. 2016, 479.

¹²⁰¹ Zie Kamerstukken II, 2015-2016, 34323, nr. 3. Voor een uiteenzetting en de gevolgen van de Wet aanpassing fiscale eenheid verwijs ik naar R.J. de Vries/F.J. Elswier, Nieuw 'Papillonbeleidsbesluit': eerste stap op weg naar een fiscale-eenheidsregime dat 'EU-proof' is? WFR 2015/458 en Q.W.J.C.H. Kok/R.J. de Vries, De wet aanpassing fiscale eenheid, WFR 2015/1442 en R.J. de Vries/G.I. van Eijk, Transacties in het kapitaalverkeer binnen de context van een Papillon fiscale eenheid: echt of virtual reality? (deel 1) WFR 2016/70; (deel 2) WFR 2016/114 en R.J. de Vries/G.I. van Eijk, Voortgang van de Wet aanpassing fiscale eenheid, WFR 2016/103.

¹²⁰² De Hoge Raad heeft op 15 december 2017 (nr. 16/02919, BNB 2018/57) beslist dat een fiscale eenheid niet mogelijk is indien de moedermaatschappij gevestigd is buiten de EU /EER. De Hoge Raad is een andere mening toegedaan dan Hof Arnhem-Leeuwarden. Het hof had namelijk beslist dat in Nederland gevestigde zustermaatschappijen voor de vennootschapsbelasting wel een fiscale eenheid zouden moeten kunnen vormen indien de moedermaatschappij gevestigd is in een land buiten de EU/EER waarmee een belastingverdrag is afgesloten met daarin een non-discriminatiebepaling (vergelijk art. 24 lid 5 OECD-Modelverdrag).

¹²⁰³ HvJ EU 2 september 2015, nr. C-386/14 (*Groupe Steria*), V-N 2015/44.11.

Groupe Steria¹²⁰⁴ en ook Finanzamt Linz¹²⁰⁵ zou dus afgeleid kunnen worden dat in beginsel voor elk voordelig element (van een fiscale eenheid) bepaald moet worden of er een geldige rechtvaardiging is om het voordeel te beperken tot binnenlandse situaties.¹²⁰⁶ De Hoge Raad heeft op 8 juli 2016 in twee zaken prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie EU over het toekennen van specifieke voordelen van het Nederlandse fiscale eenheidsregime onder de per-elementbenadering.¹²⁰⁷ Op 25 oktober 2017 heeft de Advocaat-Generaal van het Europese Hof van Justitie een conclusie uitgebracht.¹²⁰⁸ De A-G is van mening dat sommige voordelen van het fiscale eenheidsregime ook in grensoverschrijdende situaties moeten worden toegekend. Het ministerie van Financiën heeft naar aanleiding van de conclusie van de A-G via een persbericht laten weten dat het met spoedreparatiewetgeving wil komen die terugwerkt naar 25 oktober 2017, 11:00 uur, mocht het Europese Hof de conclusie volgen.¹²⁰⁹ De spoedreparatiemaatregelen houden in wezen in dat voor de toepassing van bepaalde regelingen voortaan zal moeten worden gedaan alsof er geen fiscale eenheid bestaat. Het gaat om de regelingen art. 10a, art. 13 lid 9 t/m 15 en lid 17, art. 13l en art. 20a Wet VPB 1969. Op 22 februari 2018 heeft het Europese Hof van Justitie bevestigd dat de per-element-benadering ook van toepassing is op het Nederlandse fiscale eenheidsregime.¹²¹⁰ Dit betekent dat Nederland specifieke, individuele voordelen van het fiscale eenheidsregime niet mag beperken tot Nederlandse concerns. Het voordeel van de opgaan-in-gedachte moet in sommige gevallen ook worden verleend aan een Nederlandse vennootschap met een buitenlandse dochter. In de twee Nederlandse zaken ging het om toepassing van art. 10a Wet VPB 1969 en het in aanmerking nemen van een valutaverlies. Het Europese Hof van Justitie besliste dat in casu het toepassen van art. 10a Wet VPB 1969 in strijd is met Europees recht. In hoofdstuk 9.2.7 wordt nader ingegaan op deze problematiek.

9.2.3.6 *Rechtsvormvereisten; moedermaatschappij en dochtermaatschappij*

Art. 15 lid 4, onderdeel d en e Wet VPB 1969 bepalen welke maatschappijen als moedermaatschappij respectievelijk als dochtermaatschappij deel kunnen uitmaken van een fiscale eenheid. Voor de moedermaatschappij is dit de NV, BV, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij en voor de dochtermaatschappij is dat de NV of BV. Dit betekent dat bijvoorbeeld een stichting of een open commanditaire vennootschap geen deel kunnen uitmaken van een fiscale eenheid. Voorts is bepaald dat ook lichamen met een bepaalde buitenlandse rechtsvorm deel kunnen uitmaken van een fiscale eenheid (zie ook art. 15 lid 8 Wet VPB 1969 en art. 3 Besluit FE 2003). Voor de in hoofdstuk 9.2.3.5 besproken topmaatschappij en tussenmaatschappij geldt een parallel met de huidige rechtsvormen die gelden voor een moedermaatschappij, respectievelijk dochtermaatschappij binnen een fiscale eenheid (zie ook art. 15 lid 5 en lid 6 voor de definities en eisen aan de tussen- en topmaatschappij).

9.2.3.7 *Voorraadeis*

Onder het huidige regime is opname van een als voorraad gehouden dochter in een fiscale eenheid niet mogelijk (art. 15 lid 4, onderdeel f Wet VPB 1969). Een belang in een BV dat als voorraad wordt gehouden, kwalificeerde tot 1 januari 2007 niet voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling en de wetgever vond het derhalve ook niet nodig om zo'n lichaam toegang te geven tot de regeling van

¹²⁰⁴ HvJ EU 2 september 2015, nr. C-386/14 (Groupe Steria), V-N 2015/44.11.

¹²⁰⁵ HvJ EU 6 oktober 2015, C-66/14 (Finanzamt Linz), V-N 2015/52.21.4.

¹²⁰⁶ Voor een uiteenzetting en de mogelijke gevolgen van het Groupe Steria arrest voor ons fiscale eenheidsregime verwijs ik naar o.a. D. Weber, De per element benadering onder het fiscale eenheidsregime nader bezien in het licht van de Finanzamt Linz- en de Groupe Steria-zaak, WFR 2015/696; Q.W.J.C.H. Kok, De fiscale eenheid in het licht van het EU-recht na de arresten Groupe Steria en Finanzamt Linz, MBB 2015/12 en S. Jankie, Het arrest-Groupe Steria is irrelevant voor de Nederlandse fiscale eenheid, WFR 2016/30.

¹²⁰⁷ Hoge Raad 8 juli 2016, nr. 15/00878, V-N 2016/36.10, Hoge Raad 8 juli 2016, nr. 15/00194, V-N 2016/36.9.

¹²⁰⁸ Conclusie A-G HvJ EU 25 oktober 2017, nr. C-398/16.

¹²⁰⁹ Kamerbrief 25 oktober 2017, V-N 2017/52.13.

¹²¹⁰ HvJ EU 22 februari 2018, nr. C-398/16 en C-399/16, V-N 2018/11.14.

de fiscale eenheid. Vanaf 1 januari 2007 worden voorraadaandelen wettelijk niet langer uitgesloten van de deelnemingsvrijstelling (zie hoofdstuk 8.2.3.2), maar vooralsnog heeft de wetgever daarin geen aanleiding gezien om voorraaddochters wel toe te laten tot de fiscale eenheid. Wel geldt op grond van het besluit BNB 2011/63 dat ingeval een kasgeldvennootschap als dochtermaatschappij wordt opgenomen in een fiscale eenheid, voor zoveel goedgekeurd wordt dat de aandelen in de dochtermaatschappij niet, onmiddellijk of middellijk, als voorraad geacht worden te zijn gehouden. De staatssecretaris verbindt hieraan de voorwaarde dat de discount bij aankoop en de upcount bij verkoop van de kasgeldvennootschap tot de winst wordt gerekend van het jaar waarin de aankoop respectievelijk verkoop plaatsvindt. Uiteraard moet verder aan alle vereisten voor de toepassing van art. 15 Wet VPB 1969 zijn voldaan.

9.2.4 Regels en uitwerking bij het aangaan

Indien een lichaam wordt gevoegd in een fiscale eenheid raakt dit lichaam fiscaalrechtelijk op de achtergrond. Al zijn vermogen en werkzaamheden worden bij fictie toegerekend aan de moedervenootschap en de in de fiscale eenheid gevoegde vennootschappen worden vanaf dat moment behandeld als één belastingplichtige. Voeging van een dochtervennootschap in een fiscale eenheid heeft tot gevolg dat de moedervenootschap alle activa en passiva van de dochter voor de fiscale boekwaarde die de dochter hanteerde op haar balans plaatst. Eventueel betaalde goodwill wordt niet meegenomen op de fiscale eenheid balans (het goodwillgat). Het vermogen van de dochtervennootschap wordt dus fiscaal toegerekend aan de moeder en de balanspost "deelneming" verdwijnt van de fiscale balans van de moeder. De voeging van een dochtervennootschap in een fiscale eenheid kan tot gevolg hebben dat fiscale claims die (mogelijk) op de aandelen in of vorderingen op de dochtervennootschap rusten na de voeging in een fiscale eenheid niet meer tot hun recht komen. Art. 15ab Wet VPB 1969 bevat een aantal regels, de zogenoemde entreeheffingen, om claimverlies voor de fiscus tegen te gaan.¹²¹¹ De regels omtrent de verrekening van voorvoegingsverliezen worden besproken in hoofdstuk 9.2.5.2.1.

9.2.5 Regels en uitwerking tijdens het bestaan

9.2.5.1 *Opgaan-in-gedachte; één belastingplichtige*

De regels die de belastingheffing van de diverse maatschappijen regelen tijdens het bestaan van de fiscale eenheid zijn opgenomen in art. 15ac-15ah Wet VPB 1969. Het aangaan van een fiscale eenheid leidt ertoe dat van de gevoegde lichamen de belasting wordt geheven alsof er één belastingplichtige is. Over een echte volledige consolidatie is bij de invoering van het herziene fiscale eenheidsregime in 2003 wel nagedacht, maar uiteindelijk is daar door de wetgever niet voor gekozen. Als gevolg van de opgaan-in-gedachte blijft de gevoegde dochter subjectief belastingplichtig, hetgeen problemen bij verdragstoepassing voorkomt.

Het gevoegd zijn in fiscale eenheid brengt een aantal fiscale gevolgen met zich mee. Transacties tussen de in fiscale eenheid gevoegde lichamen zijn (in beginsel) fiscaal onzichtbaar. Een belangrijk gevolg is dat transacties binnen fiscale eenheid in beginsel niet hoeven te geschieden tegen "at arm's length" prijzen (art. 8b Wet VPB 1969) en dat geen winst- respectievelijk verliesneming plaatsvindt bij transacties tussen de in de fiscale eenheid gevoegde maatschappijen onderling. De onzichtbaarheid van interne transacties geldt niet alleen voor de overdracht van vermogensbestanddelen, maar ook voor onderlinge lening-, huur- en licentieovereenkomsten. Zij leiden voor de fiscale eenheid niet tot winst of verlies en hoeven ook niet "at arm's length" te worden afgerekend. Daarnaast behalen gevoegde lichamen niet langer een eigen resultaat, maar is (als gevolg van het feit dat er fiscaal slechts sprake is van één vermogen) slechts sprake van één resultaat, namelijk dat van de fiscale eenheid. De opgaan-in-gedachte heeft ook gevolgen voor mogelijke toepassing van andere wettelijke bepalingen. Zo moet bijvoorbeeld de in hoofdstuk 6.2.2 besproken regeling voor houdster- en financieringsverliezen (art. 20 lid 4-6 Wet VPB 1969) en de in hoofdstuk 7.2.3.5 besproken aftrekbeperking ten aanzien van bovenmatige deelnemingsrente (art.

¹²¹¹ Voor een nadere uiteenzetting van deze regels omtrent de herwaardering van de aandelen van de te voegen dochter en betreffende de onderlinge vorderingen en schulden verwijs ik naar o.a. naar I. de Roos e.a., De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, Kluwer 2014, paragraaf 2.2.3 en 2.2.4.

13l Wet VPB 1969) worden toegepast op het niveau van die ene belastingplichtige (zijnde de fiscale eenheid). Zowel voor de belastingplichtige als de (systemen van de) Belastingdienst geldt nog als praktisch voordeel het kunnen indienen van één aangifte fiscale eenheid. Het aangaan van een fiscale eenheid kan ook tot nadelen voor de belastingplichtige leiden. Zo kan er maar één keer gebruik worden gemaakt van het vennootschapsbelastingopstarttarief van 20%. Als ander nadeel kan de hoofdelijke aansprakelijkstelling van alle fiscale eenheid vennootschappen voor de door de fiscale eenheid verschuldigde VPB worden genoemd. Daarnaast kan onder omstandigheden een fors nadeel ontstaan indien een slechtlopende dochtermaatschappij in een fiscale eenheid wordt opgenomen.¹²¹²

In beginsel leidt de onzichtbaarheid van interne transacties ertoe dat geen winst – respectievelijk verlies in aanmerking hoeft te worden genomen en dat in beginsel ook niet “at arm’s length” hoeft te worden gehandeld. In een aantal gevallen zou strikte toepassing hiervan kunnen leiden tot ongewenst gebruik van de fiscale eenheid. De wetgever signaleerde dat dit het geval zou zijn bij toepassing van de kwietscheldingsvrijstelling (art. 15ac lid 2 Wet VPB 1969), voorkoming van dubbele belasting (art. 15ac lid 5 en 6 Wet VPB 1969) en het verrekenen van voorvoegingsverliezen (art. 15ae Wet VPB 1969). In dergelijke situaties wordt de fiscale eenheid als het ware weer weggedacht. Ook de uitbreiding van het fiscale eenheidsregime met Papillon-achtige structuren is gepaard gegaan met diverse bepalingen om ongewenste gevolgen of misbruik van de uitbreiding van het fiscale eenheidsregime te voorkomen. Zo wordt bijvoorbeeld voor toepassing van de regeling voor aftrekbepierking van bovenmatige deelnemingsrente, de dubbeltelling van het vermogen van de kleindochter – namelijk eenmaal via de deelneming in de tussenmaatschappij en eenmaal via toerekening van het vermogen van de (achter)kleindochter – uit de boekwaarde van het eigen vermogen van de moeder geëlimineerd (art. 13l lid 4 Wet VPB 1969). De liquidatieverliesregeling in de vennootschapsbelasting is aangepast om te voorkomen dat een verlies van de (klein)dochtermaatschappij tweemaal ten laste van het fiscale eenheidsresultaat kan worden gebracht wanneer de tussenmaatschappij met verlies is geliquideerd (art. 13d lid 8 Wet VPB 1969). Om dubbele verliesneming bij schuldvorderingen te voorkomen is er een hele nieuwe regeling gekomen waardoor een vordering op bijvoorbeeld de in de EU/EER gevestigde tussenmaatschappij of topmaatschappij in bepaalde gevallen niet mag worden afgewaardeerd (art. 15ac lid 8 Wet VPB 1969).

Tot slot wijs ik nog op de aankondiging van spoedreparatiewetgeving van het Ministerie van Financiën naar aanleiding van de Europese rechtszaak over de per-element-benadering.¹²¹³ De spoedreparatiemaatregelen, die een terugwerkende kracht hebben tot 25 oktober 2017, 11.00 uur houden in wezen dat voor de toepassing van bepaalde regelingen voortaan gedaan zal moeten worden alsof er geen fiscale eenheid bestaat. Het ministerie noemt hierbij de toepassing van de renteaftrekbepierking ter voorkoming van winstdrainage (art. 10a Wet VPB 1969), de deelnemingsvrijstelling (art. 13 lid 9 t/m 15 en lid 17 Wet VPB 1969), de renteaftrekbepierking bovenmatige deelnemingsrente (art. 13l Wet VPB 1969) en de verliesverrekening bij wijziging van het belang (art. 20a Wet VPB 1969). Ook voor de afdrachtvermindering voor dooruitdelingen in de Wet op de dividendbelasting 1965 (artikel 11) wordt geregeld dat deze moet worden toegepast als ware er geen fiscale eenheid. In het tweede kwartaal van 2018 wordt een wetsvoorstel hieromtrent verwacht. De staatssecretaris heeft aangegeven dat binnen afzienbare termijn de

¹²¹² Door de werking van art. 15aj lid 6 Wet VPB 1969 juncto art. 13d lid 8 Wet VPB 1969 kan het gevolg zijn dat een potentieel fors liquidatieverlies (binnen de deelnemingsvrijstelling van art. 13 e.v. Wet VPB 1969) geheel of gedeeltelijk verloren gaat doordat de verliesgevende dochter een tijdlang in een fiscale eenheid is opgenomen geweest. Door de werking van art. 15aj lid 6 Wet VPB 1969 raakt de moedermaatschappij in zo’n geval een deel van haar voor de dochtermaatschappij opgeofferde bedrag kwijt. Dit nadeel is in de praktijk wel bekend als het ‘goodwillgat’ omdat het probleem zich bijna standaard voordoet als in de prijs voor de aandelen in de, inmiddels slecht draaiende, dochter destijds een bedrag aan goodwill was begrepen. Als de dochter ten tijde van haar liquidatie nog in de fiscale eenheid was opgenomen, was, volgens HR BNB 1986/282, er überhaupt geen plaats voor enige liquidatieverliesneming omdat de dochter immers voor de VPB-heffing niet bestond zolang zij was opgenomen in de fiscale eenheid.

¹²¹³ Brief van de staatssecretaris van Financiën, 22 februari 2018, nr. 2018-0000023737, V-N 2018/11.15.

spoedreparatiemaatregelen zullen moeten worden opgevolgd door een concernregeling die – uitvoeringstechnisch en juridisch – toekomstbestendig is. De staatssecretaris merkt op dat bij een toekomstige concernregeling het unieke consolidatie-element niet terug lijkt te kunnen komen. Voor een nadere uiteenzetting verwijs ik naar hoofdstuk 9.2.7.

9.2.5.2 *Renteaftrekbeperving voor overnamerente*

Per 1 januari 2012 zijn maatregelen genomen tegen zogenoemde overnameholdingconstructies. Het (opnieuw) ingevoerde art. 15ad Wet VPB 1969 is gericht tegen constructies waarbij bijvoorbeeld een buitenlandse groep een Nederlandse BV overneemt door middel van een door de groep opgerichte en met vreemd vermogen gefinancierde Nederlandse overnameholding. Daarna wordt een fiscale eenheid gevormd tussen de overnameholding en de BV. De door de overnameholding betaalde rente over het vreemd vermogen kan dan binnen de fiscale eenheid zonder nadere voorziening worden verrekend met de winst van de BV. Daarmee verdwijnt de winst van die BV (grotendeels) uit de Nederlandse heffingsgrondslag. De regeling, die terugwerkende kracht heeft tot 15 november 2011, moet er dus voor zorgen dat rentelasten van de overnameholding die samenhangen met de overname, binnen de fiscale eenheid niet langer verrekend kunnen worden met de winsten van de overgenomen vennootschap. Voor een uitgebreide uiteenzetting van de renteaftrekbeperving bij overnameholdings wordt verwezen naar hoofdstuk 7.2.3.6.

9.2.5.3 *Verliesverrekening*

De regels voor de verrekening van compensabele verliezen van fiscale-eenheidsmaatschappijen over het voegings- respectievelijk ontvoegingstijdstip heen zijn te vinden in art. 15ae-15ag Wet VPB 1969, waarbij art. 15ah Wet VPB 1969 bijzondere regels geeft voor de winstsplitsing. Zoals reeds opgemerkt zijn de zelfstandige resultaten van de gevoegde maatschappijen in beginsel niet relevant, terwijl intercompany transacties tussen gevoegde maatschappijen in beginsel fiscaal non-existent zijn. De zelfstandige resultaten van de gevoegde maatschappijen zijn echter wel relevant voor, bijvoorbeeld, situaties waarin sprake is van verliesverrekening over het voegingstijdstip.

9.2.5.3.1 Voorvoegingsverliezen

De voorvoegingsverliesverrekeningsregels luiden samengevat als volgt. Allereerst moeten de winsten en verliezen van de maatschappijen die deel uitmaken van de fiscale eenheid horizontaal, dat wil zeggen tussen de gevoegde maatschappijen onderling in hetzelfde jaar, worden gesaldeerd. Hiermee wordt voorkomen dat een groter verlies kan worden verrekend dan bij de fiscale eenheid (per saldo) tot uitdrukking komt. In dat kader wordt de winst of het verlies (afhankelijk van de omstandigheid of er sprake is van carry-forward of carry-back) van het desbetreffende jaar toegerekend aan de afzonderlijke (in de fiscale eenheid gevoegde) maatschappijen. Hierbij mag de horizontale verliescompensatie op grond van art. 12 Besluit FE 2003 zo gunstig mogelijk worden toegepast, dat wil zeggen dat de winst respectievelijk het verlies eerst zoveel mogelijk wordt toegerekend aan die maatschappijen die zelfstandig geen compensatiemogelijkheden hebben. Hiertoe zal het resultaat van de fiscale eenheid moeten worden gesplitst in zelfstandige resultaten van alle in de fiscale eenheid gevoegde maatschappijen, de zogenoemde fictieve winstsplitsing. Fictieve winstsplitsing houdt in dat het bepalen van de resultaten van de afzonderlijke maatschappijen in de fiscale eenheid moet plaatsvinden alsof deze maatschappijen afzonderlijk belastingplichtig waren (met inachtneming van alle fiscale winstbepalingsregels (art. 15ah Wet VPB 1969). Resulteert er na de fictieve winstsplitsing en toerekening hiervan aan de (fictief) zelfstandige maatschappijen in de fiscale eenheid alsmede de horizontale verliesverrekening nog een winst of verlies bij de desbetreffende maatschappij met het voorvoegingsverlies of de voorvoegingswinst, dan mag deze winst of dat verlies over het voegingstijdstip heen worden verrekend, maar altijd alleen met het eigen resultaat van die desbetreffende maatschappij (art. 15ae lid 1, onderdeel a Wet VPB 1969).¹²¹⁴ De gedachte achter bovenstaande regels is het uitgangspunt dat een fiscale eenheid niet mag leiden tot ruimere verliesverrekeningsmogelijkheden.

¹²¹⁴ Opgemerkt zij dat het fiscale eenheidsregime geen groepsdeelbenadering kent. De afwezigheid van een algemene groepsdeelbenadering in het fiscale-eenheidsregime heeft tot gevolg dat binnen een fiscale eenheid niet meerdere kleinere fiscale eenheden ('groepsdelen') zijn te onderscheiden. Dit is anders bij de verliesverrekening over het voegingstijdstip. Voor de toepassing van de verliesverrekening over het

9.2.5.3.2 Voorvoegingswinsten

De verrekening van fiscale eenheid verliezen met eventuele voorvoegingswinsten van de afzonderlijke fiscale eenheid maatschappijen volgt eenzelfde systematiek. Allereerst moeten de winsten en verliezen van de maatschappijen die deel uitmaken van de fiscale eenheid horizontaal, dat wil zeggen tussen de gevoegde maatschappijen onderling in hetzelfde jaar, worden gesaldeerd. Het verlies van de fiscale eenheid wordt vervolgens gesplitst in zelfstandige resultaten. Verliezen van de fiscale eenheid kunnen slechts worden verrekend met voorvoegingswinsten van een gevoegde maatschappij voor zover het verlies van de fiscale eenheid aan deze maatschappij met voorvoegingswinsten is toe te rekenen (art. 15ae lid 1, onderdeel b Wet VPB 1969).

9.2.5.3.3 Verrekening van (fiscale eenheid) verliezen na verbreking van de fiscale eenheid

De hoofdregel is dat de fiscale eenheidsverliezen achterblijven bij de moedermaatschappij. De moedermaatschappij kan deze verliezen na het verbreken van de fiscale eenheid verrekenen met haar eigen winsten van na de ontvoeging van de fiscale eenheid. Deze hoofdregel vloeit voort uit het systeem van de fiscale eenheid, waar het tijdens de fiscale eenheid de moedermaatschappij is die het fiscale resultaat behaalt. Ten aanzien van dochtermaatschappijen zou dit systeem met zich brengen dat zij fiscale eenheidsverliezen die door de activiteiten van de dochtermaatschappijen zijn gegenereerd en aan hen kunnen worden toegerekend, niet kunnen verrekenen met na het ontvoegingstijdstip behaalde winsten. Omdat dit in de praktijk als een knelpunt werd ervaren is vanaf 1 januari 2003 geregeld dat fiscale eenheidsverliezen meegegeven kunnen worden aan de dochtermaatschappij (art. 15af lid 1, onderdeel b Wet VPB 1969). Het moet dan wel gaan om die fiscale eenheidsverliezen die aan die dochtermaatschappij zijn toe te rekenen.¹²¹⁵

Het is volgens de staatssecretaris niet mogelijk om aan een dochtermaatschappij toe te rekenen fiscale eenheidsverliezen gedeeltelijk aan een dochtermaatschappij mee te geven.¹²¹⁶

Een dochtermaatschappij kan voorvoegingsverliezen gewoon verrekenen met winsten die zij heeft behaald nadat ze weer zelfstandig belastingplichtig is geworden (art. 15af lid 1, onderdeel a Wet VPB 1969). Met betrekking tot de voorvoegingsresultaten van de moedermaatschappij bevat de wet geen expliciet voorschrift. Dit is ook niet nodig, omdat de moedermaatschappij tijdens de fiscale eenheid gewoon belastingplichtig is gebleven. In art. 15ag Wet VPB 1969 is bepaald dat vanaf het ontvoegingstijdstip van een moedermaatschappij voorvoegingsverliezen van de moedermaatschappij niet verrekend mogen worden met de door haar na dat tijdstip genoten belastbare winst voor zover die winst betrekking heeft op vermogensbestanddelen die door haar tijdens het bestaan van de fiscale eenheid zijn verkregen van een dochtermaatschappij en die winst niet aan de moedermaatschappij zou zijn toegerekend indien de fiscale eenheid met die dochtermaatschappij niet zou zijn beëindigd.

voegingstijdstip van de nieuwe fiscale eenheid wordt de 'oude' fiscale eenheid als één geheel ('groepsdeel') gezien (zie art. 15ae lid 1 onderdeel c en d Wet VPB 1969). In onderdeel 6.2 van het besluit van 14 december 2010, BNB 2011/63 heeft de staatssecretaris zijn visie gegeven op de wijze waarop deze groepsdeelbenadering uitwerkt.

¹²¹⁵ Op 13 mei 2011 heeft de Hoge Raad (nr. 10/01382, BNB 2011/ 217) enkele onduidelijkheden rondom het meegeven van fiscale eenheidsverliezen aan een te ontvoegen dochtermaatschappij weggenomen. Uit het oordeel van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat het aan de ontvoegde dochtermaatschappij mee te geven verlies dient te worden bepaald op het ontvoegingstijdstip van de ontvoegde dochtermaatschappij. Het resultaat van de moedermaatschappij van ná het ontvoegingstijdstip is daarbij niet relevant. Het resultaat van de te ontvoegen dochtermaatschappij in het jaar van ontvoeging tot aan het ontvoegingstijdstip dient - ter bepaling van de mee te geven verliezen - eerst te worden gesaldeerd met het resultaat van de moedermaatschappij over die periode (horizontale verliessaldering). Voorts oordeelde de Hoge Raad dat voor het meegeven van fiscale eenheidsverliezen aan een ontvoegde dochtermaatschappij de winstsplitsingsregels van art. 15ah Wet VPB 1969 niet dwingendrechtelijk zijn voorgeschreven.

¹²¹⁶ Besluit van 14 december 2010, BNB 2011/63, onderdeel 7.1. Voor het meegeven van fiscale eenheid verliezen bij ontvoeging van clustermaatschappijen zie I.M. de Groot/B. Suvaal, Verliesverrekening bij ontvoeging van clustermaatschappijen, WFR 2016/66 en ook de reactie van de staatssecretaris naar aanleiding van dit artikel in Kamerstukken II, 2015-2016, 34323, nr. 9, blz. 10.

9.2.5.3.4 Verrekening van (fiscale eenheid) winsten na verbreking van de fiscale eenheid

Uit het systeem der wet vloeit voort dat de moedermaatschappij de na het ontvoegingstijdstip geleden verliezen altijd mag terugwentelen naar de fiscale eenheidsperiode en dus naar het gehele fiscale eenheidsresultaat, ook als dit aantoonbaar is veroorzaakt door een dochtermaatschappij. Ontvoegde dochtermaatschappijen kunnen verliezen die zij na het ontvoegingstijdstip lijden, echter niet terugwentelen naar winsten die zij tijdens het bestaan de fiscale eenheid hebben behaald. Voorvoegingswinsten van de moeder – of dochtermaatschappij kunnen gewoon verrekend worden met navoegingsverliezen (voor zover nog niet verrekend) van desbetreffende maatschappijen.

9.2.6 Regels en uitwerking bij het beëindigen / de verbreking

Bij ontvoeging van een lichaam uit de fiscale eenheid komt een einde aan de fictie van art. 15 lid 1 Wet VPB 1969 en treedt het ontvoegde lichaam fiscaal weer op de voorgrond. De ontvoeging/verbreking van de fiscale eenheid heeft diverse fiscale gevolgen die onder andere zijn opgenomen in art. 15ai en 15aj Wet VPB 1969. Bij het meegeven van verliezen aan de ontvoegde vennootschappen spelen art. 15af en 15ag Wet VPB 1969 een belangrijke rol (zie hoofdstuk 9.2.5.4). Bij vervreemding, bedrijfsfusie, juridische fusie of splitsing van een in een fiscale eenheid gevoegde dochtervennootschap bepaalt art. 14 Besluit FE 2003 dat de fiscale eenheid verbreekt vóór de vervreemding, dan wel bedrijfsfusie, juridische fusie of splitsing. Anders gezegd, vorenstaande gebeurtenissen vinden plaats nadat de fiscale eenheid is verbroken en het ontvoegde lichaam dus weer zelfstandig belastingplichtig is geworden. Door deze verbrekingsfictie kunnen eventuele fiscale claims op de aandelen in de dochtervennootschap respectievelijk de fiscale eenheid maatschappij die door de gebeurtenis tot uitdrukking komen, worden afgewikkeld. Onder voorwaarden kan een fusie of splitsing ook geschieden zonder dat dit tot verbreking van de fiscale eenheid leidt (zie art. 17 en 18 Besluit FE 2003).

9.2.6.1 Sanctiebepaling art. 15ai Wet VPB 1969

Een belangrijke bepaling in de fiscale eenheidsregeling is de antimisbruikbepaling art. 15ai Wet VPB 1969. De wetgever tracht door middel van de bepaling te voorkomen dat een fiscale eenheid slechts gedurende korte termijn wordt aangegaan met het doel een onbelaste vermogensoverdracht te doen plaatsvinden van de ene maatschappij aan de andere maatschappij, waarna de eenheid weer wordt verbroken. In de tweede plaats moet art. 15ai Wet VPB 1969 voorkomen dat overdrachtswinst die binnen fiscale eenheid wordt behaald, kan worden omgevormd tot een op grond van de deelnemingsvrijstelling belastingvrij vervreemdingsvoordeel uit aandelen in een deelneming.

De antimisbruikbepaling is van toepassing indien binnen de fiscale eenheid een vermogensbestanddeel met een positieve stille reserve is overgedragen én de overdragende of de overnemende maatschappij wordt ontvoegd uit de fiscale eenheid. Blijkens art. 15ai lid 3 Wet VPB 1969 is de sanctie niet van toepassing indien (i) de overdracht heeft plaatsgevonden in het kader van een bij de aard en omvang van de overdragende en de overnemende maatschappij passende normale bedrijfsuitoefening; óf (ii) b. de overdracht (een zelfstandig onderdeel van) een onderneming tegen uitreiking van eigen aandelen door de overnemende maatschappij betrof en na het tijdstip van de overdracht tot het moment van beëindigen van de fiscale eenheid zijn drie kalenderjaren verstreken; óf (iii) na het tijdstip van de overdracht tot het moment van beëindigen van de fiscale eenheid zijn zes kalenderjaren verstreken dan wel na het tijdstip van de overdracht tot het moment van beëindigen van de fiscale eenheid zijn drie kalenderjaren verstreken (art. 15ai lid 3 Wet VPB 1969).¹²¹⁷ De sanctie houdt in dat alsnog wordt afgerekend over de stille reserve op het moment van ontvoeging (art. 15ai lid 1 Wet VPB 1969) of op verzoek van de belastingplichtige op het moment van overdracht (art. 15ai lid 2 Wet VPB 1969).¹²¹⁸

¹²¹⁷ Zie voor een vergelijking met de bedrijfsfusiefaciliteit en de keuze om binnen of buiten de fiscale eenheid te reorganiseren G.C. van der Burgt/F.J. Elswier, Het fiscale eenheidsregime in de vennootschapsbelasting: Recente ontwikkelingen in regelgeving en rechtspraak, WFR 2011/1682, paragraaf 6.

¹²¹⁸ In een aantal gevallen leidt de toepassing van art. 15ai Wet VPB 1969 tot afrekening, terwijl dit niet altijd noodzakelijk is vanuit het doel van de regeling (voorkoming ongewenst gebruik van de fiscale eenheid in

9.2.7 Discussiepunten in Nederland omtrent het fiscale eenheidsregime

Uit een analyse van wetgeving, parlementaire stukken, jurisprudentie en literatuur over de fiscale eenheid blijkt mijns inziens dat over het algemeen geconcludeerd kan worden dat het Nederlandse fiscale eenheidsregime (vanaf 1 januari 2003) systematisch en principieel goed in elkaar steekt, met name door de herziening op 1 januari 2003 van het fiscale eenheidsregime waarbij diverse knelpunten zijn opgelost en de standaardvoorwaarden zijn opgenomen in de wet. Op hoofdlijnen komt met name één discussiepunt sterk naar voren, namelijk de houdbaarheid van het fiscale eenheidsregime in het licht van de Europese vrijheden. Getoetst aan mijn toetsingskader betekent dit dat mogelijk niet voldaan wordt aan de fiscaal-juridische toets.

Hieronder zal ik ingaan op de verschillende overwegingen rondom dit discussiepunt. In de loop der jaren zijn er vanuit verschillende invalshoeken vele onderzoeken en artikelen gewijd aan het fiscale eenheidsregime en eventuele alternatieve regelingen. Zonder uitputtend te willen zijn, zal ik hieronder de kern van enkele voorgestelde alternatieven weergeven en vervolgens toetsen aan mijn toetsingskader (zijnde i. de fiscaal-beleidsanalytische toets, ii. de fiscaal-juridische toets, iii. de fiscaal-wetstechnische toets en iv. de internationale/Europese fiscale ontwikkelings/toets).

9.2.7.1 *De invloed van Europees recht op het fiscale eenheidsregime*

Zoals in de hoofdstukken 2.7 en 2.8 aangegeven, heeft het Europese (en internationale) recht een toenemende invloed op de Nederlandse vennootschapsbelasting, zo ook op het fiscale eenheidsregime. Kok geeft mijns inziens een goed overzicht van deze EU-rechtelijke ontwikkelingen rondom de fiscale eenheid en verdeelt deze in drie categorieën, namelijk (i) de (on)mogelijkheid van een grensoverschrijdende fiscale eenheid; (ii) de mogelijkheid van een fiscale eenheid tussen binnenlandse vennootschappen indien buitenlandse vennootschappen van de groep deel uitmaken; (iii) de per element benadering.¹²¹⁹

Uit het Marks & Spencer II¹²²⁰ en X-holding¹²²¹ arrest kan geconcludeerd worden dat er geen grensoverschrijdende fiscale eenheid hoeft te worden toegestaan en dat het Nederlandse fiscale eenheidsregime op dit punt EU-proof lijkt. Er is echter discussie of de liquidatieverliesregeling wel adequaat is in het licht van de uitkomst van het Marks & Spencer II arrest. De staatssecretaris vindt van wel¹²²², maar het feit dat de liquidatieverliesregeling niet toestaat dat de door de dochtervennootschap daadwerkelijk geleden verliezen bij de moedervennootschap in aftrek kunnen worden gebracht, lijkt mij op gespannen voet staan met het arrest. Daarnaast is het mijns inziens de vraag of Nederland ook in andere situaties dan liquidatie, bijvoorbeeld indien de dochtermaatschappij verliezen definitief niet meer kan verrekenen door verliesverdampingsregels in het desbetreffende land, het verlies van de buitenlandse dochter in aanmerking moet nemen. Kemmeren is van mening dat Marks & Spencer II niet dwingt tot een aanpassing van de liquidatieverliesregeling. Hij geeft onder andere als argument dat er bij de Nederlandse liquidatieverliesregeling geen onderscheid wordt gemaakt tussen een binnenlandse- en buitenlandse belastingplichtige (dochter) bij de berekeningswijze van het liquidatieverlies. Er wordt zijns inziens met een onverrekenbaar verlies van een in een buitenland gevestigde deelneming op een vergelijkbare wijze rekening gehouden als met een onverrekenbaar verlies van een in Nederland gevestigde deelneming. Daarmee wordt volgens

samenhang met de deelnemingsvrijstelling). In het besluit van 14 december 2010, nr. DGB2010/4620M, BNB 2011/63, is daarom voorzien in begunstigend beleid.

¹²¹⁹ Q.W.J.C.H. Kok, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting in EU-rechtelijk perspectief, TFO 2016/146.1, paragraaf 2. Ook Offermanns geeft mijns inziens een helder overzicht van de huidige Europeesrechtelijke stand van zaken omtrent nationale groepsregimes in Europa en destilleert uit de in afgelopen jaren door het Europese Hof van Justitie gewezen jurisprudentie een aantal Europeesrechtelijke randvoorwaarden waaraan nationale groepsregimes moeten voldoen. R. Offermanns, Een vergelijking van de fiscale eenheidsregimes binnen Europa en hun verenigbaarheid met het EU-recht, TFO 2016/146.2, paragraaf 4.3.3.

¹²²⁰ HvJ EG 13 december 2005, nr. C-446/03 (Marks & Spencer II), BNB 2006/72.

¹²²¹ HvJ EU 25 februari 2010, nr. C-337/08 (X Holding) BNB 2010/166.

¹²²² Kamerstukken II, 2005-2006, 30107, nr. 2, blz. 7.

hem voldaan aan het Europeesrechtelijke kader zoals dat door het hof in Marks & Spencer is uitgelegd. Het Nederlandse systeem zal dan wat betreft dit punt volgens Kemmeren EU-proof zijn.¹²²³ Daarnaast vraagt Wolvers zich af of uit het arrest Timac Agro¹²²⁴ geconcludeerd kan worden dat Marks & Spencer II achterhaald is en Nederland vanuit dat perspectief geen liquidatieverliesregeling nodig zou hebben.¹²²⁵ In ieder geval blijkt mijns inziens uit het Timac Agro-arrest dat een verlies van een dochtermaatschappij niet in aanmerking hoeft te worden genomen, indien het verlies in de lidstaat van de dochtermaatschappij niet verrekend kan worden als gevolg van het feit dat dit wettelijk is uitgesloten door de bronstaat.¹²²⁶

Naar aanleiding van Papillon¹²²⁷, SCA, X AG en MSA¹²²⁸ is het Nederlandse fiscale eenheidsregime aangepast (Wet aanpassing fiscale eenheid) en is het voor binnenlandse vennootschappen (of vaste inrichtingen) mogelijk een fiscale eenheid aan te gaan, ondanks dat buitenlandse top - en/of tussenmaatschappijen van de groep deel uitmaken. Ik ben van mening dat de aangepaste wetgeving (op dit punt) goed in elkaar zit.¹²²⁹ Wel heeft de Wet aanpassing fiscale eenheid mijns inziens geleid tot gedetailleerde en complexe wetgeving (vergelijk ook de fiscaal-wetstechnische toets uit mijn toetsingskader).

In de arresten Groupe Steria¹²³⁰ en Finanzamt Linz¹²³¹ oordeelde het Europese Hof van Justitie dat in beginsel voor elk voordelig element (van een fiscale eenheid) bepaald moet worden of er een geldige rechtvaardiging is om het voordeel te beperken tot binnenlandse situaties (per element benadering). De Hoge Raad wees de per element benadering in 2011 nog af¹²³², maar stelde vijf jaar later op 8 juli 2016, na de door het Europese Hof van Justitie gewezen arresten over de per element benadering, prejudiciële vragen over het toekennen van specifieke voordelen van het Nederlandse fiscale-eenheidsregime onder de per element benadering.¹²³³ Op 25 oktober 2017 heeft de Advocaat-Generaal van het Europese Hof van Justitie een tweetal conclusies uitgebracht.¹²³⁴ De A-G is van mening dat sommige voordelen van het fiscale eenheidsregime ook in grensoverschrijdende situaties moeten worden toegekend. Op 22 februari 2018 heeft het Europese Hof van Justitie bevestigd dat de per-element-benadering ook van toepassing is op het Nederlandse fiscale eenheidsregime.¹²³⁵ Dit betekent dat Nederland specifieke, individuele voordelen van het fiscale eenheidsregime niet mag beperken tot Nederlandse concerns. Het voordeel van de opgaan-in-gedachte moet in sommige gevallen ook worden verleend aan een Nederlandse vennootschap met een buitenlandse dochter. In de twee Nederlandse zaken ging het om toepassing van art. 10a Wet VPB 1969 en het in aanmerking nemen van een valutaverlies. Het Europese Hof van Justitie besliste dat het toepassen van art. 10a Wet VPB 1969 in strijd is met Europees recht. Het ministerie van Financiën heeft naar aanleiding van de conclusie van de A-G via een persbericht laten weten dat het met spoedreparatiewetgeving wil komen die terugwerkt naar 25 oktober 2017, 11:00 uur, mocht het

¹²²³ Zie voor de EU aspecten van de liquidatieverliesregeling ook E.C.M. Kemmeren, Marks & Spencer: balanceren op grenzeloze verliesverrekening, WFR 2006/211, paragraaf 7.1.

¹²²⁴ HvJ 17 december 2015, zaak C-388/14, NTFR 2016/363 (Timac Agro).

¹²²⁵ S. Wolvers, Timac Agro: einde van de stakingsverliesregeling? NTFR 2016/1355. Zie ook D.R. Post, (Grensoverschrijdende) verliescompensatie onder de voorgestelde C(C)CTB, WFR 2017/66.

¹²²⁶ In gelijke zin Rechtbank Noord-Holland 25 april 2017, 15/2744, NTFR 2017/1849. De rechtbank geeft aan dat als gevolg van toepassing van §8c KStG de in Duitsland geleden verliezen niet als definitief in de zin van het arrest Marks & Spencer kunnen worden aangemerkt.

¹²²⁷ HvJ EU 27 november 2008, nr. C-418/07 (Société Papillon), V-N 2008/59.20.

¹²²⁸ HvJ EU 12 juni 2014, nr. C 39/13, C 40/13 en C 41/13 (SCA Group Holding BV1 and others), V-N 2014/30.9.

¹²²⁹ In gelijke zin Q.W.J.C.H. Kok, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting in EU-rechtelijk perspectief, TFO 2016/146.1, paragraaf 4.

¹²³⁰ HvJ EU 2 september 2015, nr. C-386/14 (Groupe Steria), V-N 2015/44.11.

¹²³¹ HvJ EU 6 oktober 2015, nr. C-66/14 (Finanzamt Linz), NTFR 2015/2886.

¹²³² HR 24 juni 2011, nr. 09/05115, BNB 2011/244.

¹²³³ HR 8 juli 2016, nr. 15/00878, V-N 2016/36.10, HR 8 juli 2016, nr. 15/00194, V-N 2016/36.9.

¹²³⁴ Conclusie A-G HvJ EU 25 oktober 2017, nr. C-398/16.

¹²³⁵ HvJ EU 22 februari 2018, nr. C-398/16 en C-399/16, V-N 2018/11.14.

Europese Hof de conclusie volgen.¹²³⁶ De spoedreparatiemaatregelen houden in wezen in dat voor de toepassing van bepaalde regelingen voortaan zal moeten worden gedaan alsof er geen fiscale eenheid bestaat. Het gaat om de regelingen art. 10a, art. 13 lid 9 t/m 15 en lid 17, art. 13l en art. 20a Wet VPB 1969.

De onderhavige spoedreparatiemaatregelen voorkomen volgens de staatssecretaris op dit moment voor de toekomst de meest acute budgettaire problemen en zien op de waarschijnlijk meest kwetsbare elementen van de fiscale eenheidsregeling. Het Europeesrechtelijke risico voor de overige elementen wordt daarmee niet volledig weggenomen. De staatssecretaris laat weten dat binnen afzienbare termijn de spoedreparatiemaatregelen zullen worden opgevolgd door een concernregeling die – uitvoeringstechnisch en juridisch – toekomstbestendig is. De bewindsman merkt op dat bij een toekomstige concernregeling het unieke consolidatie-element niet terug lijkt te kunnen komen.

Vóór de uitspraak van het Europese Hof van Justitie op 22 februari 2018 over de toepassing van de per-element-benadering op het Nederlandse fiscale eenheidsregime is er in de literatuur al druk gediscussieerd over de mogelijke uitkomst. Weber¹²³⁷ en Kok¹²³⁸ voorspelden al dat naar aanleiding van de arresten Groupe Steria en Finanzamt Linz het huidige fiscale eenheidsregime weer zou moeten worden aangepast. Kok geeft daarbij een aantal denkbare mogelijkheden, namelijk: (i.) de huidige fiscale eenheid regeling vervangen door een group-relief achtige regeling (ii.) het huidige fiscale eenheid systeem in stand laten en de elementen die in strijd zijn met het EU-recht oplossen in specifieke regelingen of (iii.) het toestaan van een volledig grensoverschrijdende fiscale eenheid.¹²³⁹ Jankie is van mening dat het Group Steria arrest niet van invloed is op het Nederlandse fiscale eenheidsregime.¹²⁴⁰ Zij is van mening dat het arrest-Groupe Steria over een geheel andere rechtsvraag ging dan algemeen aangenomen wordt, namelijk over een Bosal-achtig probleem. Zij geeft aan dat de zaak-Groupe Steria niet over een belastingvoordeel ging dat voortvloeide uit consolidatie en derhalve geen betekenis heeft voor de Nederlandse fiscale eenheid. Daarnaast is zij van mening dat – voor zover toch sprake mocht zijn van een EU-rechtelijke belemmering – verschillen in behandeling die voortvloeien uit consolidatie (en de doorwerking daarvan naar andere regelingen) gerechtvaardigd kunnen worden door een dwingende reden van algemeen belang die verband houdt met respectievelijk de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel, de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid tussen lidstaten en het tegengaan van belastingontwijking. Tot slot wijst zij er op dat een cruciaal verschil tussen het Franse en Nederlandse regime is dat in de Nederlandse regeling alle voor- en nadelen rechtstreeks voortvloeien uit consolidatie, oftewel uit het wezen van de fiscale eenheid. Van de Nederlandse fiscale eenheid kan daarom volgens haar niet gezegd worden dat deze een vehikel is om willekeurige bevoordelingen, niet zijnde consolidatievoordelen, door te geven aan uitsluitend binnenlandse groepen. Ondanks de op zich sterke argumenten van Jankie is het Europese Hof van Justitie van mening dat de per-element benadering wel (deels) van toepassing is op het Nederlandse fiscale eenheidsregime. Er valt overigens mijns inziens veel af te dingen op de inhoudelijke beoordeling van de A-G en het Europese Hof van Justitie in beide (art. 10a Wet VPB 1969 en valutaverlies) zaken.¹²⁴¹

Naast het punt dat de Nederlandse fiscale eenheid niet voldoet aan de fiscaal-juridische toets (strijd met EU-recht), komt mijns inziens ook naar voren dat het fiscale eenheidsregime complex is en dat

¹²³⁶ Kamerbrief 25 oktober 2017, V-N 2017/52.13 en de Brief van de staatssecretaris van Financiën, 22 februari 2018, nr. 2018-0000023737, V-N 2018/11.15.

¹²³⁷ D. Weber, De per element benadering onder het fiscale eenheidsregime nader bezien in het licht van de Finanzamt Linz- en de Groupe Steria-zaak, WFR 2015/696.

¹²³⁸ Q.W.J.C.H. Kok, De fiscale eenheid in het licht van het EU-recht na de arresten Groupe Steria en Finanzamt Linz, MBB 2015/12.

¹²³⁹ Q.W.J.C.H. Kok, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting in EU-rechtelijk perspectief, TFO 2016/146.1, paragraaf 4.

¹²⁴⁰ S. Jankie, Het arrest-Groupe Steria is irrelevant voor de Nederlandse fiscale eenheid, WFR 2016/43.

¹²⁴¹ Ik werk dit verder niet uit, maar ik verwijs korthedshalve naar D.S. Smit, Kwade Wolk boven het fiscale eenheidsregime: valt het tij nog te keren? MBB 2018/1, paragraaf 3 en de redactie van de V-N in de aantekening V-N 2018/11.14.

mogelijk een ander regime vereenvoudiging kan bieden (en dus beter voldoet aan de fiscaal-wetstechnische toets uit mijn toetsingskader).

9.2.7.2 Alternatieven voor of naast het fiscale eenheidsregime

In de loop van de geschiedenis is er vanuit verschillende invalshoeken gepleit voor een alternatief systeem in plaats van, of in aanvulling op, het huidige fiscale eenheidsregime. Zonder uitputtend te willen zijn, zal ik hier onder ingaan op de kern van enkele voorgestelde alternatieven.

Van der Linde¹²⁴² is van mening dat het beter zou zijn voor de moeder- en dochtermaatschappij elk afzonderlijk de winst of het verlies te bepalen en dat eerst daarna deze afzonderlijk berekende resultaten worden samengeteld tot een totaalwinst of -verlies, toe te rekenen aan de moedermaatschappij. Van der Linde geeft aan dat het fiscale eenheidsregime afwijkt van het civielrechtelijke aangrijpingspunt voor subjectieve belastingplicht. Een dergelijke uitzondering dient zich volgens hem niet verder uit te strekken dan de doelstelling van in casu het fiscale eenheidsregime en volgens Van der Linde is dat de wens aan het bestaande systeem een mogelijkheid van horizontale verliescompensatie toe te voegen (zie hoofdstuk 9.2.2). Daarnaast geeft hij aan dat het voordeel voor belastingplichtige wat betreft het niet hoeven administreren van intercompany transacties een schijnvoordeel is, omdat reeds om commerciële redenen een behoorlijke toerekening van de kosten aan de verschillende onderdelen van het concern als regel niet achterwege kan blijven. Een beperkte fiscale eenheid heeft volgens Van der Linde daarnaast een vereenvoudiging van de (uitvoerings)regels tot gevolg en praktische hanteerbaarheid van een dergelijke systematiek zal volgens hem toenemen. Ik ben het niet met Van der Linde eens. Ik denk dat het niet de bedoeling was de regeling te beperken tot horizontale verliescompensatie. Dan zou volgens mij door de wetgever wel voor een veel beperktere opzet zijn gekozen. Ook volgens Van Soest werd een belastingheffing beoogd, gebaseerd op één totale winstberekening voor de concernonderneming door middel van een fiscale consolidatie van de vermogensbestanddelen van de betrokken vennootschappen.¹²⁴³ Los van deze discussie pleit Van Soest vanwege de concerngedachte die ten grondslag ligt aan de fiscale eenheid voor een materiële concerntoets als voorwaarde voor het kunnen vormen van een fiscale eenheid. Deze voorwaarde werd bij de introductie van het fiscale eenheidsregime volgens Van Soest wel gesteld door de inspecteur om toegang te krijgen tot het regime, maar het Ministerie van Financiën zou deze eis in de loop van de jaren vijftig hebben laten vallen. Kok geeft aan dat daar vanwege rechtszekerheid en uitvoerbaarheid niet voor gekozen is, maar voor een bezitseis (als wettelijk vermoeden dat sprake is van een concern).¹²⁴⁴

In 1995 deed een commissie van de Vereniging voor Belastingwetenschap een aanbeveling om naast de (huidige) fiscale eenheid een minder vergaand regime te creëren voor uitsluitend horizontale verliescompensatie. Dit regime zou dan mogelijk moeten zijn bij een lager deelnemingspercentage (bijvoorbeeld 50% of meer).¹²⁴⁵ De commissie maakte een onderscheid tussen een groepsregeling en een moeder-dochterregeling. De groepsregeling, die dichterbij de regeling van de fiscale eenheid staat, houdt in dat verliezen van een vennootschap kunnen worden overgeheveld naar andere vennootschappen van een nader te omschrijven groep. De moeder-dochterregeling, die dichterbij de regeling van de deelnemingsvrijstelling staat, houdt in dat verliezen uitsluitend kunnen worden overgeheveld van dochter naar moeder. De commissie pleit er ook voor dat een belastingplichtige

¹²⁴² G. van der Linde, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, WFR 1967/385.

¹²⁴³ A.J. van Soest, De regeling van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, FED, 1983, blz. 25, 26. Wel komt Van Soest tot eenzelfde conclusie als Van der Linde dat de fiscale eenheid op een andere wijze zou kunnen worden opgezet, waarbij aansluiting kan worden gezocht bij de fiscale concernregelingen van andere EU-Statens. Dit zou betekenen dat consolidatie zou worden beperkt tot de samenvoeging van de afzonderlijk bepaalde resultaten. De fiscale eenheid kan dan worden uitgebreid als er sprake is van een meerderheidsparticipatie, blz. 178.

¹²⁴⁴ Q.W.C.J.H. Kok, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, SDU Fiscaal wetenschappelijke reeks nr. 5, 2005, hoofdstuk 3.2.1.

¹²⁴⁵ Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, Rapport van de Commissie ter bestudering van de belastingheffing van concerns volgens art. 15 Wet VPB 1969, nr. 199, Kluwer 1995, blz. 125.

stichting of vereniging zou moeten kunnen fungeren als moedermaatschappij van een fiscale eenheid, indien en zolang de aandelen van de dochtermaatschappijen behoren tot het bedrijfsvermogen.¹²⁴⁶ Dat stichtingen en verenigingen geen deel uit kunnen maken van een fiscale eenheid is mijns inziens niet te rechtvaardigen en in strijd met de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader.

Interessant voor mijn onderzoek is uiteraard het onderzoek van Boer of de *Organschaft* als inspiratie kan dienen om de door hem gesignaleerde knelpunten in het Nederlandse fiscale eenheidsregime op te lossen.¹²⁴⁷ Boer komt tot de conclusie dat het Duitse systeem als voordeel heeft dat het regime van de *Organschaft* geen entree - en exitheffing nodig heeft omdat elke maatschappij objectief en subjectief zelfstandig belastingplichtig blijft voor de *Körperschaftsteuer*. Boer geeft aan dat de wetgever zou moeten overwegen om naast de huidige fiscale eenheid een facultatieve concernregeling analoog aan de *Organschaft* te introduceren, waarbij wordt afgezien van voorwaarde om een *Gewinnabführungsvertrag* af te sluiten. Er is volgens hem sprake van een commerciële eenheid als een vennootschap haar wil in een andere vennootschap kan doordrukken. Fiscaal gezien kan daar dan ook rekening mee gehouden worden door toerekening van het zelfstandig berekende fiscale resultaat van een dochtervennootschap aan de moedervennootschap.¹²⁴⁸ Als een concern voornemens is om intern te reorganiseren, dan zou volgens Boer het huidige fiscale eenheidsregime een oplossing kunnen bieden.

Ook Snel¹²⁴⁹ en Van Merrienboer¹²⁵⁰ zijn voorstander van een systeem van fiscaalrechtelijke resultaatoverdracht. Snel wil dit systeem toepassen als sprake is van een controlerend belang (>50% belang) en als dat het geval is worden de fiscale resultaten van de dochtermaatschappij overgedragen aan de moedermaatschappij. Snel komt gezien de uitgangspunten in zijn onderzoek uit bij een "fiscale imputatie" systeem, waarbij de resultaten van de dochtervennootschap bij de moedervennootschap in de heffing van vennootschapsbelasting worden betrokken. De resultaten van de dochtermaatschappij worden aan de moedermaatschappij toegerekend. De dochtervennootschap wordt ook zelf zelfstandig in de heffing betrokken. Cumulatie wordt vermeden doordat de door de dochtermaatschappij betaalde belasting ook aan de moedermaatschappij wordt toegerekend.¹²⁵¹ Van Merrienboer geeft aan dat vanuit de concerngedachte een systeem van fiscaalrechtelijke resultaatoverdracht zoals Snel heeft voorgesteld de voorkeur verdient. Vanwege de uitvoerbaarheid gaat zijn voorkeur uit naar de door de Commissie-Bavinck beschreven moeder-dochterregeling variant. Door een verruiming van de concernbenadering zou de problematiek van de onzakelijke leningen volgens hem in veel meer situaties kunnen worden voorkomen.

De Wilde¹²⁵² is van mening dat het fiscale eenheidsregime moet worden aangepast als antwoord op de vraag hoe kan worden gekomen tot een rechtvaardigere heffing van vennootschapsbelasting van in Nederland actieve groepen. Zijns inziens is een rechtvaardigere vennootschapsbelasting te bereiken door het uitgangspunt in de Wet VPB 1969 van de zelfstandige subjectieve belastingplicht van groepsmaatschappijen los te laten. Hij pleit voor een fiscale consolidatie van rechtswege in gevallen waar de moedermaatschappij beschikt over een vermogensrechtelijke betrekking die haar

¹²⁴⁶ Vergelijk R.W.F. Hendriks, De stichting in concernverband : enkele privaatrechtelijke en fiscaalrechtelijke beschouwingen, Schoordijk Instituut; 6, 1994.

¹²⁴⁷ M.J. Boer, De fiscale eenheid vennootschapsbelasting en insolventie, SDU Fiscale Wetenschappelijke reeks 2009/12/07, paragraaf 10.3.

¹²⁴⁸ M.J. Boer, De fiscale eenheid vennootschapsbelasting en insolventie, SDU Fiscale Wetenschappelijke reeks 2009/12/07, paragraaf 7.6.4.

¹²⁴⁹ F.P.J. Snel, Van moeders en dochters, systemen ter voorkoming van cumulatie van vennootschapstax in deelnemingssituaties, SDU Amersfoort, 2005, hoofdstuk 5.

¹²⁵⁰ F.M.A.M. van Merrienboer, Onzakelijke leningen in concernverband: Een pleidooi voor een nieuwe concernfaciliteit in de Wet VPB 1969, WFR 2012/739.

¹²⁵¹ F.P.J. Snel, Van moeders en dochters, systemen ter voorkoming van cumulatie van vennootschapstax in deelnemingssituaties, SDU Amersfoort, 2005, paragraaf 7.3.

¹²⁵² M.F. de Wilde, Een aanzet voor een rechtvaardigere heffing van vennootschapsbelasting van in Nederland actieve groepen, MBB 2011/9, paragraaf 2 en paragraaf 7.

doorslaggevende zeggenschap geeft over de inrichting en het management van de onderliggende ondernemingsactiviteiten van de betrokken dochtermaatschappijen, mits de moedermaatschappij deze vermogensrechtelijke betrekking aanhoudt als bedrijfsmiddel.¹²⁵³ De economische entiteit moet volgens hem als één belastingplichtige voor de heffing van vennootschapsbelasting worden behandeld. Deze zienswijze van De Wilde brengt onder andere met zich mee dat volgens hem de 95% eis zou moeten worden vervangen door een zeggenschaps criterium. Daarnaast zou voeging volgens hem in zowel binnenlandse als in grensoverschrijdende situaties moeten plaatsvinden. De gevoegde dochtermaatschappijen worden met andere woorden fiscaal transparant.

Naar aanleiding van de Europeesrechtelijke ontwikkelingen is Heithuis van mening dat het einde van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting in zicht is. Hij zou er zelfs voorstander van zijn, gezien de hoeveelheid en ingewikkeldheid van de wetgeving die nodig is om de fiscale eenheid te begeleiden en hij vraagt zich af of de voordelen voor de fiscale eenheid wel opwegen tegen de nadelen. Het huidige fiscale eenheidsregime zou volgens hem vervangen kunnen worden door een group relief systeem (een verliesoverdrachtregeling). Een dergelijk systeem kan volgens hem opengesteld worden voor kleinere belangen dan ten minste 95%, zou eenvoudiger zijn en EU proof. Het voordeel van het fiscaal geruisloos reorganiseren binnen fiscale eenheid zou volgens hem ook bereikt kunnen worden door de andere fiscale reorganisatiefaciliteiten in de Wet VPB 1969 zoals de bedrijfsfusie en afsplitsing.¹²⁵⁴ De Vries is het niet eens met deze zienswijze van Heithuis. Hij geeft bijvoorbeeld aan dat het schrappen van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting voor zowel belastingplichtigen als de fiscus voor praktische problemen zal zorgen (elke vennootschap zal dan immers weer afzonderlijk aangifte moeten doen). Daarnaast denkt hij dat een group-relief achtige systeem niet eenvoudiger kan worden vormgegeven dan het huidige fiscale eenheidsregime en geeft hij aan dat de huidige andere fiscale reorganisatiefaciliteiten, bedrijfsfusie en afsplitsing door de bijzonder lijvige beleidsbesluiten ook ingewikkeld zijn. De Vries merkt verder op dat de fiscale verschillen tussen reorganiseren binnen fiscale eenheid en de andere fiscale reorganisatiefaciliteiten nog dermate zijn dat de fiscale eenheid heden ten dage nog steeds een zeer belangrijke interne reorganisatiefaciliteit is. Tot slot wijst De Vries op de fiscale non-existentie van onderlinge transacties en onderlinge vermogensverhoudingen als extra toegevoegde waarde van de fiscale eenheid. Zijn boodschap is het huidige fiscale eenheidsregime te koesteren.¹²⁵⁵ Heithuis gaat vervolgens in op de door De Vries naar voren gebrachte standpunten en onderbouwt nog eens zijn eerdere zienswijze om het fiscale eenheidsregime af te schaffen.¹²⁵⁶ De Vries¹²⁵⁷ reageert hier weer op door nog eens een pleidooi te houden voor handhaving van het huidige fiscale eenheidsregime in de vennootschapsbelasting door zijn eerder ingebrachte argumenten nader te onderbouwen en te wijzen op een Geschrift van de Vereniging van Belastingwetenschap.¹²⁵⁸

Ook tijdens de 40^{ste} editie van de Fiscale Conferentie op 20 november 2015 is gediscussieerd over de toekomst van het fiscale eenheidsregime. Als voorlopige conclusie komt daar uit dat de invoering van een systeem als het Engelse "group relief" systeem, in combinatie met aanpalende regelgeving om belastingvrije reorganisaties mogelijk te maken en reeds bekende antimisbruikbepalingen het

¹²⁵³ Als de moedermaatschappij deze vermogensrechtelijke betrekking niet aanhoudt als bedrijfsmiddel is volgens Wilde geen sprake van de concerngedachte.

¹²⁵⁴ E.J.W. Heithuis, Column: Het einde van de fiscale eenheid VPB in zicht? WFR 2015/1136.

¹²⁵⁵ R.J. de Vries, Fiscalisten, hun "speeltjes" en het einde van de fiscale eenheid VPB is nog niet in zicht, WFR 2015/1344.

¹²⁵⁶ E.J.W. Heithuis, Het einde van de fiscale eenheid VPB in zicht! WFR 2015/1348.

¹²⁵⁷ R.J. de Vries, Een pleidooi voor handhaving van het huidige fiscale eenheidsregime in de vennootschapsbelasting, WFR 2016/36.

¹²⁵⁸ Deze commissie oordeelde na uitgebreid onderzoek in 1995 dat het huidige regime van vergaande fiscale consolidatie moet worden gehandhaafd. Daarnaast zou een minder vergaand regime gecreëerd moeten worden voor uitsluitend horizontale verliescompensatie. Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, Rapport van de Commissie ter bestudering van de belastingheffing van concerns volgens art. 15 Wet VPB 1969, nr. 199, Kluwer 1995, blz. 125.

onderzoeken waard is. Echter, er moet niet uit het oog worden verloren dat het huidige systeem voor zowel multinationals als het MKB perfect functioneert.¹²⁵⁹

Bouwman gaat naar aanleiding van de Group Steria en Finanzamt Linz arresten ook in op de vraag of de fiscale eenheid moet worden vervangen door bijvoorbeeld een regime waarbij groepsmaatschappijen hun resultaat afzonderlijk berekenen en een eventueel negatief resultaat ter verrekening kunnen overdragen aan een groepsmaatschappij met een positief resultaat (verliesoverdrachtsregeling). Een dergelijk regime lijkt volgens hem beter bestand tegen Europeesrechtelijke ontwikkelingen en zou minder complex zijn dan onze huidige fiscale eenheid. Bouwman geeft aan dat een verliesoverdrachtsregeling een stevige barrière opwerpt tegen de cherry picking die bij toepassing van de per element benadering mogelijk zou zijn. Na een kort onderzoek in hoeverre de huidige fiscale eenheidsbepalingen kunnen worden gemist als wordt overgegaan op een verliesoverdrachtsregeling komt hij tot de conclusie dat een verliesoverdrachtregeling niet persé eenvoudiger is dan het huidige fiscale eenheidsregime.¹²⁶⁰

Heithuis geeft naar aanleiding van het arrest van de Europese Unie van 22 februari 2018 aan dat nu de interne reorganisatiemogelijkheid van de fiscale eenheid lijkt te komen vervallen, een lagere bezitspercentage in beeld komt. Tevens kan zijns inziens daardoor mogelijk art. 13d Wet VPB 1969 en art. 20a Wet VPB 1969 komen te vervallen en is het toestaan van een fiscale eenheid bij geringere bezitspercentages ook prettig vanwege de (verdere) beperking van de carry forward verliesverrekeningstermijn.¹²⁶¹ Van Horzen geeft aan dat moet worden geregeld dat het feit dat er sprake is van een fiscale eenheid niet doorwerkt naar andere bepalingen van de Wet VPB 1969 die niet specifiek betrekking hebben op de regeling van de fiscale eenheid. Wat hem betreft kunnen de meeste van de op 25 oktober 2017 aangekondigde tijdelijke maatregelen dan ook de status krijgen van definitieve maatregel. Als gevolg van dit soort uitsluitingsbepalingen worden volgens hem de gevolgen van een fiscale eenheid beperkt tot de gevolgen waar de regeling ooit voor was bedoeld, namelijk het consolideren van onderlinge resultaten ter bepaling van het belastbare bedrag.¹²⁶²

Menig auteur pleit of heeft gepleit voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid. Interessant is mijns inziens het punt van Hoogendoorn die er op wijst dat een aanzet tot grensoverschrijding reeds te vinden was bij de oorspronkelijke regeling van art. 27 Besluit Winstbelasting 1940. In desbetreffend artikel was met betrekking tot de moedermaatschappij uitsluitend bepaald dat deze een belastingplichtige moest zijn.¹²⁶³ Het volledig toestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid en het elimineren van de objecten van de buitenlandse vennootschappen uit het object van de fiscale eenheid (voor zover dat ook al niet gebeurt op grond van de objectvrijstelling) heeft voor de toekomst ook mijn voorkeur.¹²⁶⁴ Ook Ruijschop zou een grensoverschrijdende fiscale eenheid van harte toejuichen en wijst er op dat de wetgever niet bang hoeft te zijn voor verliesimport. De objectvrijstelling bewaakt de Nederlandse belastinggrondslag.¹²⁶⁵ Smit pleit voor een beperkte variant van de grensoverschrijdende fiscale eenheid. Alleen voor die elementen waar het EU-recht tot een per-element benadering verplicht, zou dit grensoverschrijdende regime volgens hem aan de orde moeten komen.¹²⁶⁶ Smit noemt als belangrijkste voordelen dat het probleem van cherry-picking (belastingplichtige kan anders achteraf, bijvoorbeeld bij het indienen van de aangifte, bekijken of een beroep op het arrest van het Europese Hof van Justitie gunstig uitvalt), grotendeels wordt opgelost, het budgettaire risico wordt geminimaliseerd en het Nederlandse bedrijfsleven bespaard blijft van

¹²⁵⁹ W.H. Duteweert/P.H.M. Strijbosch, Verslag van de 40^{ste} Fiscale Conferentie "Fiscale eenheid vennootschapsbelasting", WFR 2016/39, paragraaf 10.

¹²⁶⁰ J.N. Bouwman, Van fiscale eenheid naar verliesoverdracht; het blijft gewoon complex?!, NTFR 2016/2092, paragraaf 3.

¹²⁶¹ E.J.W. Heithuis, Maak van de achterstand een voorsprong, V-N 2018/11.0.

¹²⁶² F. van Horzen, Nederlandse weigering aftrek van rente in strijd met vrijheid van vestiging, NTFR 2018/563.

¹²⁶³ J. Hoogendoorn, Oorsprong en karakter van het instituut fiscale eenheid, MBB 1995/375, paragraaf 4.

¹²⁶⁴ In gelijke zin Q.W.J.C.H. Kok, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting in EU-rechtelijk perspectief, TFO 2016/146.1, paragraaf 4.

¹²⁶⁵ M.H.C. Ruijschop, De fiscale eenheid is dood, lang leve de fiscale eenheid, Blog Taxence, 3 september 2015.

¹²⁶⁶ D.S. Smit, Kwade Wolk boven het fiscale eenheidsregime: valt het tij nog te keren? MBB 2018/1, paragraaf 5.

een versoering en op termijn wellicht zelfs afschaffing van het fiscale eenheidsregime. Kok en De Vries hebben de grensoverschrijdende fiscale eenheid variant technisch uitgewerkt. Allereerst benoemen zij de voordelen verbonden aan (het behouden van) het huidige fiscale eenheidsregime. Vervolgens zetten zij uiteen hoe een grensoverschrijdende fiscale eenheid technisch vormgegeven kan worden, daarbij rekening houdend dat de Nederlandse belastinggrondslag wordt beschermd en de verdeling van heffingsrechten tussen de diverse staten niet wordt doorkruist. De grensoverschrijdende aspecten zouden volgens hen geregeld kunnen worden in één nieuw wetsartikel (art. 15ak Wet VPB 1969).¹²⁶⁷ Ruijschop wijst op de politieke en uitvoertechnische problemen van een dergelijke grensoverschrijdende fiscale eenheid. Het openstellen van de fiscale eenheid voor buitenlandse moeder- en dochtermaatschappijen betekent volgens hem dat hele buitenlandse "kerstbomen" aan concernvennootschappen in diverse EU/EER-lidstaten naar believen kunnen worden gevoegd of ontleend. Dit heeft tot gevolg dat als het ware een permanente keuzemogelijkheid ten aanzien van alle afzonderlijke entiteiten tussen toepassing van de objectvrijstelling (een gevoegde buitenlandse dochtermaatschappij wordt gezien als een vaste inrichting) en de deelnemingsvrijstelling (indien de dochtermaatschappij niet is gevoegd) ontstaat. Daarnaast wijst Ruijschop op het punt van de deelnemingen van de al dan niet gevoegde dochtermaatschappijen die bij keuze voor voeging van de dochtermaatschappij als een tot vaste inrichting vermogen van de moedermaatschappij behorende deelneming worden behandeld en bij keuze voor niet voegen buiten de reikwijdte van de Nederlandse vennootschapsbelasting vallen.¹²⁶⁸

De staatssecretaris erkent dat invoering van een grensoverschrijdende fiscale eenheid met toepassing van de sinds 1 januari 2012 geldende objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten inderdaad ook een manier zou kunnen zijn om het regime in overeenstemming te brengen met het EU-recht, maar wijst erop dat dit allerlei (o.a. verdragsrechtelijke en uitvoertechnische) vragen zou oproepen en mogelijkheden voor tax-planning voor de belastingplichtige.¹²⁶⁹ In de brief van 20 maart 2018¹²⁷⁰ blijkt duidelijk dat het kabinet het concept van een grensoverschrijdende fiscale eenheid (met objectvrijstelling), zoals voorgesteld door Kok en De Vries, geen reële optie vindt. Bij de uitwerking van een toekomstbestendig alternatief ligt het volgens de bewindsman voor de hand om aan te sluiten bij bestaande concernregelingen in andere landen. Mijns inziens overtuigen de argumenten van de staatssecretaris niet en is een grensoverschrijdende fiscale eenheidsregime met objectvrijstelling een serieuze optie die nader onderzocht zou moeten worden. Ik licht dit hieronder aan het einde van deze paragraaf nog nader toe.

Uiteraard zijn de plannen van de Europese Commissie om grensoverschrijdende consolidatie (CCCTB) in te voeren noemenswaardig. Op 25 oktober 2016 heeft de Europese Commissie de plannen voor de CCCTB geherlanceerd (zie hoofdstuk 2.7.4.1). Om snel vooruitgang te kunnen boeken, is de CCCTB opgesplitst in twee stappen, namelijk eerst overeenstemming bereiken over een gemeenschappelijke heffingsgrondslag (CCTB) en vervolgens zou kort daarna de consolidatie kunnen worden ingevoerd (CCCTB). Het voorstel van de Europese Commissie om resultaten binnen een groep te consolideren vertoont gelijkenissen met ons fiscale eenheidsregime.¹²⁷¹ Er is sprake van een groep die voor een geconsolideerde heffingsgrondslag in aanmerking komt als de moedermaatschappij een recht heeft om meer dan 50% van de stemrechten uit te oefenen én een eigendomsrecht van meer dan 75% van het kapitaal van de dochteronderneming of meer dan 75% van de rechten heeft die aanspraak geven op winst (art. 5 CCCTB). De groep wordt gevormd door de belastingplichtige in de EU met alle eigen vaste inrichtingen in de EU, in de EU kwalificerende (indirecte) dochtervennootschappen, alle in de EU gevestigde vaste inrichtingen van kwalificerende dochtervennootschappen in derde landen en eventuele EU-zustervennootschappen (art. 6 CCCTB). Indien aan bovenstaande voorwaarden is voldaan, volgt een integrale consolidatie. Dit houdt in dat winsten en verliezen van de afzonderlijke

¹²⁶⁷ Q.W.J.C.H. Kok / R.J. de Vries, Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, WFR 2018/37.

¹²⁶⁸ M.H.C. Ruijschop, Brief Tweede Kamer invoering enkele spoedmaatregelen inzake de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, NTFR 2018/552.

¹²⁶⁹ Brief van de staatssecretaris van Financiën, 20 december 2017, kenmerk 2017-0000238835, V-N 2018/4.7.

¹²⁷⁰ Brief van de staatssecretaris van Financiën, 20 maart 2018, kenmerk 2018-0000038989.

¹²⁷¹ In gelijke zin, Redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2016/65.4.

entiteiten bij elkaar worden opgeteld, waarna vervolgens de intragroeptransacties worden geëlimineerd.

Naar aanleiding van de uitspraak van het Europese Hof van Justitie over de per-element-benadering is duidelijk geworden dat het Nederlandse fiscale eenheidsregime er in de toekomst anders uit komt te zien. Het doel en de strekking van de fiscale eenheid in ogenschouw nemend, ben ik er voorstander van het huidige fiscale eenheidsregime, met de opgaan-in-gedachte, zoveel mogelijk te behouden. Mijns inziens zou bijvoorbeeld de spoedreparatiewetgeving omgezet kunnen worden in definitieve wetgeving.¹²⁷² Weliswaar betekent dit een versobering van het huidige fiscale eenheidsregime, maar de impact daarvan blijft volgens mij voor veruit de meeste bestaande fiscale eenheden gering. Ik denk namelijk dat die bestaande fiscale eenheden niet of nauwelijks last hebben van toepassing van de artikelen 10a¹²⁷³, art. 13 lid 9 t/m 15 en lid 17, art. 13l en art. 20a Wet VPB 1969 nu de opgaan-in-gedachte voor die bepalingen niet meer geldt.¹²⁷⁴ Een andere optie dan een versobering van het huidige fiscale eenheidsregime vind ik het invoeren van de mogelijkheid een grensoverschrijdende fiscale eenheid te vormen. Het doel van en de gedachte achter de fiscale eenheid houdt immers niet op bij de landgrenzen. Een grensoverschrijdende fiscale eenheidsregime zou vormgegeven kunnen worden door de door Smit voorgestelde beperkte variant, waarbij alleen voor die elementen waar het EU-recht tot per-element benadering verplicht een grensoverschrijdende regime aan de orde komt.¹²⁷⁵ Een grensoverschrijdend fiscale eenheidsregime zou ook vormgegeven kunnen worden door een (onbeperkt) regime zoals bijvoorbeeld Kok en De Vries hebben voorgesteld.¹²⁷⁶ In beide gevallen blijft namelijk de opgaan-in-gedachte behouden. Wel zal er uiteraard rekening gehouden moeten worden met de door onder andere Ruijschop¹²⁷⁷ aangehaalde politieke en uitvoertechnische problemen bij een grensoverschrijdende fiscale eenheid.¹²⁷⁸

9.3 Duitsland

9.3.1 Historische ontwikkeling¹²⁷⁹

De (gedachte achter de) *Organschaft* bestaat al meer dan honderd jaar. De eerste verschijnselen van een *Organschaft*-benadering komen uit Pruisen, waarbij op grond van een uitspraak van de Pruisische rechter in 1902 belastingheffing van een groep (bestaande uit een buiten Pruisen

¹²⁷² Het is mijns inziens van groot belang dat de in de literatuur gesignaleerde knelpunten en vragen bij de parlementaire behandeling van de spoedreparatiewetgeving aan de orde komen en dat de ratio van de fiscale eenheid daarbij niet uit het oog wordt verloren. Zie de gesignaleerde knelpunten en oplossingen zie bijvoorbeeld W.R. Kooiman / M.G.H. Ruijschop, De beleggingsdeelneming na spoedreparatie: science fiction, WFR 2018/34 en E.J.W. Heithuis, De per-elementbenadering in de fiscale eenheid en de spoedreparatie, FED 2018/44.

¹²⁷³ Merrienboer pleit nog voor het invoeren van een drempelbedrag van € 1 miljoen (vrij aftrekbare rente) in art. 10a Wet VPB 1969 om het MKB te ontzien. F. van Merrienboer, Spoedreparatie fiscale eenheid en "VPB-light", WFR 2017/246.

¹²⁷⁴ In gelijke zin de staatssecretaris in de brief van 201 februari 2017, kenmerk 2017-0000238835, blz. 6 en het commentaar van F. van Horzen, Nederlandse weigering aftrek van rente in strijd met vrijheid van vestiging, NTFR 2018/563.

¹²⁷⁵ D.S. Smit, Kwade Wolk boven het fiscale eenheidsregime: valt het tij nog te keren? MBB 2018/1, paragraaf 5.

¹²⁷⁶ Q.W.J.C.H. Kok / R.J. de Vries, Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, WFR 2018/37.

¹²⁷⁷ M.H.C. Ruijschop, Brief Tweede Kamer invoering enkele spoedmaatregelen inzake de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, NTFR 2018/552

¹²⁷⁸ Het zelf verder uitwerken van een blauwdruk van een toekomstig fiscale eenheidsregime gaat het bestek van mijn onderzoek te buiten.

¹²⁷⁹ Voor een beknopt historisch overzicht zie ook *Organschaft* en IFSt-Arbeitsgruppe, Einführung einer modernen Gruppenbesteuerung – Ein Reformvorschlag, IFSt-Schrift Nr. 471 (2011), blz. 11-13. Voor een uitgebreid historisch overzicht zie N. Herzig, *Organschaft* 2003, blz. 4-7.

aanwezige onderneming en in Pruisen zelf aanwezige moedervereniging) mogelijk werd geacht om misbruik te voorkomen.¹²⁸⁰ De gedachte om bij belastingheffing aan te sluiten bij een groep verenigingen is vervolgens in de periode tussen de Eerste en Tweede Wereldoorlog door het *Reichsfinanzhof* overgenomen ten aanzien van de omzetbelasting en verenigingsbelasting. Doel van deze rechtspraak was niet zozeer het voorkomen van misbruik, maar het voorkomen van dubbele belasting binnen concern in het toen geldende klassieke systeem.¹²⁸¹ Als voorwaarde gold dat er een financiële, economische en organisatorische integratie (*finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung*) nodig was voor de vorming van een *Organschaft*. In latere rechtspraak werd door het *Reichsfinanzhof* de zogenoemde toerekeningsleer (*Zurechnungstheorie*) toegepast. Voor de verenigingsbelasting moest volgens het *Reichsfinanzhof* ook een civielrechtelijke overeenkomst (*Ergebnisabführungsvertrag* of *Gewinnabführungsvertrag*) worden afgesloten.¹²⁸² Na de Tweede Wereldoorlog werd de *Organschaft* gedachte verder uitgedragen en ontwikkeld door het *Bundesfinanzhof*.¹²⁸³ In 1962 zag het *Bundesfinanzhof* zich genoodzaakt om de wetgever op te roepen om het leerstuk rondom de *Organschaft* wettelijk te verankeren.¹²⁸⁴ Het *Organschaft* regime werd uiteindelijk in 1969 wettelijk opgenomen in de *Körperschaftsteuer*,¹²⁸⁵ Een wezenlijke verandering in het *Organschaft* regime vond in 2000 plaats. De voorwaarde dat er sprake moest zijn van een economische en organisatorische integratie werd geschrapt.¹²⁸⁶ Daarmee werden de voorwaarden voor het kunnen vormen van een *Organschaft* vereenvoudigd en de toegang (voor onder meer houdsterverenigingen) versoepeld. Verder noemenswaardig is dat voortaan onmiddellijke en middellijke belangen samen gerekend mochten worden om te toetsen of sprake is van financiële integratie. In 2001 volgden aanvullende wettelijke veranderingen ten aanzien van het *Organschaft* regime (die van toepassing waren voor boekjaren vanaf 2002). Voor de *Gewerbsteuer* werden dezelfde voorwaarden van toepassing verklaard als voor de *Körperschaftsteuer*. Daarnaast werd de vestigingsplaats eis voor de *Organträger* versoepeld (voortaan hoefde de *Organträger* de zetel niet meer in Duitsland te hebben).¹²⁸⁷ In 2003 verscherpte de wetgever de voorwaarde voor

¹²⁸⁰ De dochtermaatschappij werd als een "werknemer" (*Angestellte*) gezien als deze in opdracht en voor rekening van de moedermaatschappij (*Organträger*) optrad. Dit wordt ook wel de *Angestelltentheorie* genoemd. N. Herzig, *Organschaft* 2003, blz. 4.

¹²⁸¹ N. Herzig, *Organschaft* 2003, blz. 4. Hij verwijst onder meer naar een uitspraak van het *Reichsfinanzhof* van 11 november 1927, RStBl. 1928, 52.

¹²⁸² *Reichsfinanzhof*, 18 februari 1933, I A 439/32, RStBl. 1933, 647; *Reichsfinanzhof*, 22 januari 1935, I A 401/32, RStBl. 1935, 517. Deze voorwaarde geldt nog steeds en wordt nader toegelicht in hoofdstuk 9.3.3.1.1.

¹²⁸³ Op grond van diverse *Bundesfinanzhof* uitspraken wordt aangenomen dat de zogenoemde *Bilanzierungstheorie* (waarbij de resultaten die door de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij ter beschikking worden gesteld bij de moedermaatschappij belast worden en voor de dochtermaatschappij aftrekbare kosten vormen) ten grondslag ligt aan het belasting van groepsverenigingen. *Bundesfinanzhof*, 24 November 1953 - I 109/53 U, BStBl. III 1954, 21; *Bundesfinanzhof*, 8 maart 1955 - I 73/54 U, BStBl. III 1955, 187; *Bundesfinanzhof*, 5 november 1957 - I 163/56 U, BStBl. II 1957, 139. In 1965 lijkt het *Bundesfinanzhof* de *Organschaftstheorie* toe te passen, inhoudende dat het gehele inkomen van de dochtermaatschappij, nadat dit inkomen afzonderlijk is bepaald, aan de moedermaatschappij wordt uitgekeerd of door de moedermaatschappij wordt aangezuiverd, *Bundesfinanzhof*, 16 maart 1965 - I 9/63 U, BStBl. III 1965, 386.

¹²⁸⁴ N. Herzig, *Organschaft* 2003, blz. 5. Hij verwijst naar *Bundesfinanzhof*, BB 1962, 438 f. Ook Van Soest geeft aan dat tegenstrijdige jurisprudentie en literatuur tot een zodanige rechtsonzekerheid leidde dat een wettelijke regeling van *Organschaft* door de wetgever als noodzakelijk werd geacht. Met deze regeling werd volgens hem beoogd het reeds ontwikkelde rechtsinstituut te codificeren, waarbij als basis de *Zurechnungstheorie* werd gehanteerd. J. van Soest, De regeling van de fiscale eenheid in de verenigingsbelasting, FED, 1983, blz. 170.

¹²⁸⁵ *Gesetz* van 15 augustus 1969, BGBl. I 1969, 1182; BStBl. I 1969, 471. Een wettelijke regeling voor de *Organschaft* voor de *Gewerbsteuer* bestond al vanaf 1936 en voor de omzetbelasting al vanaf 1934.

¹²⁸⁶ *Unternehmenssteuerreform* 2000, *Gesetz* 23 oktober 2000, BGBl. I 2000, 3267; BStBl. I 2000, 1428.

¹²⁸⁷ *Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrecht* 2001, *Gesetz* 20 december 2001, BGBl. I 2001, 3858; BStBl. I 2002, 35. Eveneens werd wettelijk vastgelegd dat er een zogenoemde

personenvennootschappen in die zin dat zij voortaan een “*gewerbliche Tätigkeit*” moesten uitoefenen.¹²⁸⁸

Vervolgens was het wettelijk gezien een aantal jaren relatief rustig ten aanzien van het *Organschaft* regime. De bepalingen rondom de *Organschaft* werden door het *Unternehmensteuere reformgesetz 2008*¹²⁸⁹ zelf niet gewijzigd, maar door invoering van de generieke renteaftrekbepaling (*Zinsschranke*) en aanscherping van de regels omtrent de handel in verlieslichamen werd de *Organschaft* praktisch gezien wel belangrijker.¹²⁹⁰

In de politiek¹²⁹¹ en literatuur¹²⁹² werd de roep om een fundamentele herziening van het *Organschaft* regime echter steeds groter. Met name was en is er veel kritiek op het verplicht afsluiten van de civielrechtelijke overeenkomst (*Gewinnabführungsvertrag*; zie hoofdstuk 9.3.3.1.1) als voorwaarde voor het kunnen vormen van een *Organschaft*. Tot wezenlijke veranderingen leidde het allemaal niet. De kern en de voorwaarden voor de toepassing van de *Organschaft* bleven overeind. In 2013 werden door de *Kleine Organschaftsreform*¹²⁹³ talrijke details rondom het *Organschaft* regime veranderd, waaronder enkele versoepelingen rondom het afsluiten van de *Gewinnabführungsvertrag*. Daarnaast werd er onder andere een antimisbruikbepaling ingevoerd omtrent het dubbel in aanmerking nemen van verliezen. Een *Organschaft* verlies wordt niet in aanmerking genomen als dit verlies ook in een andere belastingjurisdictie in aftrek kan worden gebracht (in §14 Abs. 1 Nr. 5 KStG is bepaald dat binnenlandse verliezen niet te verrekenen zijn als deze in het buitenland reeds in aanmerking zijn genomen).¹²⁹⁴ De huidige bepalingen rondom de *Organschaft* zijn terug te vinden in §14-19 KStG, §27 Abs. 6 KStG, §37 Abs. 3 KStG en §2 Abs. 2, S. 2 GewStG.

9.3.2 Ratio

Zoals uit het historisch overzicht blijkt, is in Duitsland reeds aan het begin van de 19^e eeuw voor de eerste keer door de rechter geoordeeld dat belastingheffing op niveau van een groep

Mehrmütterorganschaft, inhoudende dat het aangaan van een *Organschaft* tussen meerdere moedermaatschappijen (bijvoorbeeld joint venture partijen) en een dochtermaatschappij mogelijk was. Echter niet veel later werd deze mogelijkheid weer afgeschaft (Steuervergünstigungsabbaugesetz, Gesetz 16 mei 2003, BGBl. I 2003, 660; BStBl. I 2003, 321).

¹²⁸⁸ Steuervergünstigungsabbaugesetz, Gesetz 16 mei 2003, BGBl. I 2003, 660; BStBl. I 2003, 321.

¹²⁸⁹ *Unternehmensteuere reformgesetz 2008*, BGBl. I 2007, 1912.

¹²⁹⁰ Onder meer is het vanaf genoemde datum mogelijk om de renteaftrekbepaling te ontwijken door het aangaan van een *Organschaft*. In gelijke zin U. Prinz/ S. Witt, *Steuerliche Organschaft*, Otto Schmidt Verlag, 2015, Rn. 1.23.

¹²⁹¹ Het was de wens van de coalitie CDU/CSU en FDP om tot een moderne belastingheffing van groepen te komen in plaats van het huidige *Organschaft* regime. Zie BMF, Prüfbericht “Verlustverrechnung und Gruppenbesteuerung 10 november 2011 en ook het document van 14 februari 2012, Zwölf Punkte zur weiteren Modernisierung und Vereinfachung des Unternehmensteuerrechts, waarin één van de punten het hervormen van de *Organschaft* betrof. Deze zou meer in lijn zou moeten komen te liggen met de internationale standaarden.

¹²⁹² Zie onder andere het rapport van de *Kommission Steuergesetzbuch, Stiftung Marktwirtschaft* 30 januari 2006 en IFSt-Arbeitsgruppe, Einführung einer modernen Gruppenbesteuerung – Ein Reformvorschlag, IFSt-Schrift Nr. 471 (2011) en U. Schreiber/ W. Stiller, Ökonomische Anforderungen an eine Reform der Gruppenbesteuerung, *StuW* 3/2014. Zie hierover ook F.J. Elswier/J. Grave, Die niederländische Einheitstheorie im Praxistest – eine Alternative für die Organschaft in Deutschland? *ISTr* 2013, 91.

¹²⁹³ Gesetz zur Änderung und Vereinfachung der Unternehmensbesteuerung und des steuerlichen Reiskostenrechts v. 20 februari 2013, BGBl. I 2013, 285.

¹²⁹⁴ U. Prinz/ S. Witt, *Steuerliche Organschaft*, Otto Schmidt Verlag, 2015, Rn. 1.49. Daar wordt opgemerkt dat er grondwettelijke bedenkingen bestaat ten aanzien van deze bepaling, omdat binnenlandse verliezen beperkt worden wat mogelijk in strijd is met het draagkrachtbeginsel. Bovendien wordt opgemerkt dat de regeling mogelijk in strijd is met EU-recht (Rn. 1.53).

vennootschappen moest plaatsvinden. Daar waar het oorspronkelijke doel van de Pruisische rechtspraak rondom belastingheffing van een groep belastingplichtigen het voorkomen van misbruik was, is dat door latere rechtspraak omgebogen naar het voorkomen van dubbele belasting binnen concern in het toen geldende klassieke systeem. Dit laatste argument verviel overigens deels toen in 1977 het systeem van volledige integratie (*Vollanrechnungsverfahren*) werd ingevoerd. Voor de wetgever was dit echter geen aanleiding om het *Organschaft* regime aan te passen of af te schaffen.¹²⁹⁵

In de loop der tijd zijn verschillende theorieën ontwikkeld inzake de subjectieve en objectieve belastingplicht van concernmaatschappijen. Deze theorieën, die deels al in het historische overzicht genoemd zijn, zijn (i) de *Angestelltentheorie*, waarbij de dochtermaatschappij als een "werknemer" wordt gezien als deze in opdracht en voor rekening van de moedermaatschappij (*Organträger*) optreedt, (ii) de *Bilanzierungstheorie*, waarbij de resultaten die door de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij ter beschikking worden gesteld bij de moedermaatschappij belast worden en voor de dochtermaatschappij aftrekbare kosten vormen, (iii) de *Zurechnungstheorie*, waarbij het inkomen van de dochtermaatschappij wordt gesplitst in een deel dat aan de moedermaatschappij wordt toegerekend en een deel dat bij de dochtermaatschappij zelf wordt belast (iv) de *Organschaftstheorie*, waarbij het gehele inkomen van de dochtermaatschappij, nadat dit inkomen afzonderlijk is bepaald, aan de moedermaatschappij wordt uitgekeerd of door de moedermaatschappij wordt aangezuiverd en (v) de *Einheitstheorie*, waarbij de dochtermaatschappij zowel haar subjectieve als objectieve belastingplicht verliest.¹²⁹⁶ Van de huidige regeling wordt aangenomen dat zij uitgaat van de toerekeningsleer (*Zurechnungstheorie*) zoals deze ontwikkeld is door de rechter, die vervolgens is overgegaan op de *Organschaftstheorie*.¹²⁹⁷ Herzig geeft aan dat meningen uit de literatuur van vóór de Tweede Wereldoorlog die pleitten voor een *einheits*- of *filial* theoretische invalshoek, waarbij de dochtermaatschappij zowel haar subjectieve als objectieve belastingplicht verliest (vergelijkbaar met de Nederlandse opgaan-in-gedachte), zich niet konden doorzetten in de rechtspraak van die tijd.¹²⁹⁸

Bij het *Organschaft* regime wordt (bij fictie) een uitzondering gemaakt op de hoofdregel dat ieder lichaam juridisch gezien zelfstandig vennootschapsbelastingplichtig is.¹²⁹⁹ Desens en Böhmer spreken over het opheffen van het in hoofdstuk 3.3.4 besproken *Trennungsprinzip*.¹³⁰⁰ Aangenomen wordt dat het leerstuk van de *Organschaft* steunt op de gedachte dat er sprake kan zijn van een

¹²⁹⁵ 9 januari 1974, BT-Drs. 7/1470, blz. 347. Daar wordt door de wetgever opgemerkt: "*Die Bedeutung des Instituts der körperschaftsteuerlichen Organschaft reicht jedoch über die Beseitigung der steuerlichen Doppelbelastung hinaus. Sie beinhaltet darüber hinaus den Verlustausgleich zwischen den an der Organschaft beteiligten Unternehmen, eine Folge, die dem Anrechnungsverfahren nicht wesensimmanent ist. Die Bundesregierung ist daher der Auffassung – und sie folgt darin der Ansicht der Steuerreformkommission (vgl. Tz. IV/229) –, daß die körperschaftsteuerliche Organschaft als Bestandteil unseres Konzernsteuerrechts auch nach der Einführung des Anrechnungsverfahrens unentbehrlich ist.*"

¹²⁹⁶ Vergelijk ook A.J. van Soest, De regeling van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, FED, 1983, blz.27. Zie ook G.J. van Leijenhorst, Dochtermaatschappij en vaste inrichting, een juist onderscheid?, WFR 1978/321, waarin Van Leijenhorst aangeeft dat de Duitse regeling op een omvangrijk theoretisch fundament is geplaatst, namelijk de orgaantheorie. Van Leijenhorst wijst er ook op dat er meerdere varianten op de orgaantheorie bestaan, welke varianten door Jurkat (W. Jurkat, Die Organschaft im Körperschaftsteuerrecht 1975, blz. 53) zijn onderverdeeld in de eenheids- of filialentheorie en de theorieën die vasthouden aan de subjectieve belastingplicht van het orgaan en de Bilanzierungstheorie.

¹²⁹⁷ Vergelijk ook J. Verburg, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, Belastingconsulentendag'77, nr. 22, FED, 1977, blz. 37.

¹²⁹⁸ N. Herzig, Organschaft 2003, blz. 4. Deze *einheits*- of *filial*theorie geldt overigens wel (en nog steeds) in de btw.

¹²⁹⁹ Zie onder andere Bundesfinanzhof, 3 maart 2010 - I R 68/09, DStR 2010, 858. Het Bundesfinanzhof oordeelt daar dat sprake is van een "strikt en principiële Steuersubjektprinzip".

¹³⁰⁰ Desens in Hermann/Heuer/Raupach, Einf. KSt, Anm.110 en J.Böhmer, Das Trennungsprinzip im Körperschaftsteuerrecht - Grundsatz ohne Zukunft? StuW 1/2012, blz. 36.

zekere relatie tussen vennootschappen, waarbij de ene vennootschap afhankelijk is van de andere en vanuit economisch oogpunt als onzelfstandig kan worden aangemerkt (zoals bij een natuurlijk persoon die een dienstverband kan aangaan met de werkgever).¹³⁰¹ Met andere woorden, het kunnen vormen van een *Organschaft* en de fiscale uitwerking hiervan heeft als ratio om bij de belastingheffing met de economische eenheid (van verschillende vennootschappen) rekening te houden.¹³⁰² Montag geeft aan dat de *Organschaft* leer teleologisch geen systematische inbreuk op het fiscale systeem betekent, omdat het rechtsvormneutraal probeert aan te sluiten bij de draagkracht van een economische eenheid.¹³⁰³ Verburg beschrijft de orgaantheorie als de economische afhankelijkheid van de economische onzelfstandige dochtermaatschappij die als consequentie heeft dat de dochtermaatschappij als willoos werktuig, als orgaan van de moedermaatschappij wordt aangemerkt. Gevolg hiervan is dat de economische realiteit boven de juridische verhoudingen prevaleert en het concern als zodanig erkenning vindt.¹³⁰⁴

In de huidige regeling wordt de leer ingevuld door de voorwaarde te stellen dat er sprake moet zijn van financiële integratie. Dan wordt geacht sprake te zijn van een economische eenheid.¹³⁰⁵ Er is sprake van financiële integratie indien de moedermaatschappij ten minste een meerderheid van de stemrechten in de dochtermaatschappij bezit.

Het *Organschaft* regime is van begin af aan zowel een fiscale als civiel juridische aangelegenheid geweest. Een *Organschaft* komt alleen tot stand als er een civielrechtelijke overeenkomst (*Gewinnabführungsvertrag*) is afgesloten. De rechtspersoonlijkheid en winstberekening op het niveau van de dochtermaatschappij blijft volledig in stand. Verburg wijst er op dat het Duitse fiscale concernrecht sterk verweven is met het civiele recht en dat dit te verklaren is uit het feit dat het *Organschaft* regime model heeft gestaan bij de ontwikkeling van de civielrechtelijke vormgeving van het Duitse concernbegrip.¹³⁰⁶

In Duitsland bestaat er niet zoiets als een (gesloten) systeem voor belastingheffing van concerns. Er bestaan verschillende fiscale wettelijke regelingen die op concerns van toepassing zijn, maar wat betreft ratio, voorwaarden en uitwerking van elkaar verschillen.¹³⁰⁷

9.3.3 De voorwaarden en reikwijdte

Een *Organschaft* komt in Duitsland tot stand als een *Organträger* (vergelijkbaar met fiscale eenheid moeder) sinds het begin van een boekjaar onafgebroken de meerderheid van de stemrechten (50%+) bezit in een *Organgesellschaft* (vergelijkbaar met fiscale eenheid dochter). Daarnaast moet er tussen de *Organträger* en *Organgesellschaft* een civielrechtelijke overeenkomst (*Gewinnabführungsvertrag*) worden afgesloten. Het aangaan van een *Organschaft* heeft tot gevolg dat winsten en verliezen van de *Organträger* en *Organgesellschaft* met elkaar verrekend kunnen worden.¹³⁰⁸ Als er voor de

¹³⁰¹ Schmidt/Müller/Stöcker, Die Organschaft, NWB, 4^e Auflage, Rn. 7.

¹³⁰² K. Karsten, Die körperschaftsteuerliche Organschaft, DStR 1993, blz.893.

¹³⁰³ Montag in Tipke/Lang, Steuerrecht Tipke/Lang²², Steuerrecht, §14, Rz. 1.

¹³⁰⁴ J. Verburg, vennootschapsbelasting, Fiscale Handboeken nr. 4, 2000, paragraaf 15.2.

¹³⁰⁵ De economische benadering is volgens Offermanns gebaseerd op eigendomscontrole, operationele en economische verbondenheid of integratie tussen de groepsmaatschappijen. R. Offermanns, Een vergelijking van de fiscale eenheidsregimes binnen Europa en hun verenigbaarheid met het EU-recht, TFO 2016/146.2, paragraaf 2.

¹³⁰⁶ J. Verburg, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, Belastingconsulentendag'77, nr. 22, FED, 1977, blz. 9.

¹³⁰⁷ Vergelijk N.Herzig, Organschaft 2003, blz. 3.

¹³⁰⁸ Voor een overzicht van de voor- en nadelen van een Organschaft verwijs ik naar Kolbe, in Hermann/Heuer/Raupach, §14 KStG, Anm. 10.

Körperschaftsteuer een *Organschaft* bestaat, bestaat deze ook voor de *Gewerbsteuer*.¹³⁰⁹ Hieronder zal nader worden ingegaan op de voorwaarden.¹³¹⁰

9.3.3.1 Op verzoek; *Gewinnabführungsvertrag*; terugwerkende kracht

Een *Organschaft* ontstaat niet van rechtswege, doch slechts op verzoek van de desbetreffende belastingplichtigen. Belastingplichtigen kunnen dus – mits zij aan de voorwaarden voldoen – zelf bepalen of zij een *Organschaft* willen vormen of niet. Wensen belastingplichtigen een *Organschaft* te vormen, dan dienen zij daartoe een civielrechtelijke overeenkomst *Gewinnabführungsvertrag* af te sluiten. Pas in het jaar waarin het *Gewinnabführungsvertrag* in het handelsregister is ingeschreven ontstaat een *Organschaft*. Een *Organschaft* kan zodoende met terugwerkende kracht tot stand komen (als een *Gewinnabführungsvertrag* op het eind van het boekjaar van de *Organgesellschaft* af wordt gesloten, kan de winst van de *Organgesellschaft* al voor dat jaar aan de *Organträger* toegerekend worden (§14 Abs.1 S.2 KStG).

9.3.3.1.1 *Gewinnabführungsvertrag*

Voor de totstandkoming van een *Organschaft* is het noodzakelijk dat tussen de *Organträger* en *Organgesellschaft* een civielrechtelijke overeenkomst (*Gewinnabführungsvertrag*, §291 AktG)¹³¹¹ wordt afgesloten voor een minimale periode van vijf jaren. In het *Gewinnabführungsvertrag* wordt overeengekomen dat de commerciële winsten van de *Organgesellschaft* aan de *Organträger* worden toegerekend. De winstafracht wordt commercieel bij de *Organgesellschaft* als kosten beschouwd en bij de *Organträger* als bate. Bij commerciële verliezen van de *Organgesellschaft* moet de *Organträger* deze aanzuiveren. De verliesaanzuivering wordt commercieel bij de *Organgesellschaft* als bate gezien en bij de *Organträger* als last. Een *Gewinnabführungsvertrag* zorgt er dus voor dat resultaten in economische zin voor rekening van de *Organträger* komen. Een *Gewinnabführungsvertrag* is in beginsel een commerciële aangelegenheid. Vervolgens wordt de vertaalslag naar de fiscale jaarrekening gemaakt, naar de *Organschaft*regels (in §14 KStG) zodat uiteindelijk gesteld kan worden dat het *Gewinnabführungsvertrag* haar werking heeft in zowel de commerciële als de fiscale jaarrekening. Boer geeft aan dat de *Organschaft* niets meer en niets minder is dan een civieljuridische overeenkomst die tot winstafracht en verliesaanzuivering verplicht en waaraan het fiscale recht – onder enkele aanvullende voorwaarden – het gevolg verbindt dat het fiscale resultaat van de dochter aan de moeder wordt toegerekend.¹³¹² Pas in het jaar waarin het *Gewinnabführungsvertrag* in het handelsregister is ingeschreven, ontstaat een *Organschaft*. Een *Gewinnabführungsvertrag* wordt afgesloten tussen twee partijen. Een *Organträger* kan wel met meerdere *Organgesellschaften* een *Organschaft* aangaan, maar in dat geval bestaan er dus net zoveel overeenkomsten als *Organschaften*. Dit leidt er overigens toe dat er een hele keten kan ontstaan van *Organschaften* (*Organschaftskette*), waarbij een lichaam in de ene *Organschaft* de rol van *Organträger* vervult en in de andere de rol van *Organgesellschaft*.

Er is erg veel kritiek op het verplicht moeten afsluiten van een *Gewinnabführungsvertrag* om een *Organschaft* te kunnen vormen. De strikte civieljuridische vereisten die aan de overeenkomst ten grondslag liggen, de tijdsduur (minstens 5 jaar) en de eventuele grote (fiscale) gevolgen die een niet nakoming van de overeenkomst kan hebben leiden tot veel praktisch ongenoegen en onaantrekkelijkheid.¹³¹³ Daarnaast is de verplichting om een *Gewinnabführungsvertrag* af te sluiten

¹³⁰⁹ In de *Gewerbsteuer* wordt de *Organgesellschaft* echter wel fiscaal anders behandeld en als een vaste inrichting van de *Organträger* beschouwd.

¹³¹⁰ Voor een helder Nederlandstalig overzicht van de Duitse *Organschaft* voorwaarden en uitwerking verwijs ik ook naar M.J. Boer, De fiscale eenheid vennootschapsbelasting en insolventie, SDU Fiscale Wetenschappelijke reeks 2009/12/07, hoofdstuk 7 en hoofdstuk 8.

¹³¹¹ De formele aspecten van de *Gewinnabführungsvertrag* staan in §293-294 AktG.

¹³¹² M.J. Boer, De fiscale eenheid vennootschapsbelasting en insolventie, SDU Fiscale Wetenschappelijke reeks 2009/12/07, paragraaf 7.6.2.

¹³¹³ Zie onder andere het rapport van de *Kommission Steuergesetzbuch*, *Stiftung Marktwirtschaft* 30 januari 2006, waarin de Commissie pleit voor afschaffing van het *Gewinnabführungsvertrag* als voorwaarde voor de *Organschaft* en IFSt-Arbeitsgruppe, Einführung einer modernen Gruppenbesteuerung – Ein Reformvorschlag,

volgens menig auteur in strijd met EU-recht.¹³¹⁴ Al jarenlang wordt gediscussieerd om het leerstuk van de *Organschaft* nieuw vorm te geven (zie ook hoofdstuk 9.3.1). Tot grote hervormingen heeft dit tot op heden echter niet geleid.

9.3.3.2 *Bezitseis*

Een *Organschaft* kan tot stand komen als een *Organträger* sinds het begin van een boekjaar¹³¹⁵ onafgebroken de meerderheid van de stemrechten¹³¹⁶ (50%+) bezit in een *Organgesellschaft*. Deze dan vooronderstelde financiële integratie (*finanzielle Eingliederung*) stelt zeker dat de *Organträger* zijn wil kan doordrukken in de *Organgesellschaft*.¹³¹⁷ Er is ook een *Organschaft* mogelijk als de *Organträger* een middellijk belang houdt in de *Organgesellschaft*. Als voorwaarde geldt wel dat zowel de moedermaatschappij in de dochtermaatschappij als de dochtermaatschappij in de kleindochtermaatschappij de meerderheid van de stemrechten heeft. De dochtermaatschappij (tussenhoudster) zelf wordt dan overigens niet in de *Organschaft* opgenomen.

9.3.3.3 *Geen boekjaren eis*

Zowel de *Organträger* als de *Organgesellschaft* blijven (subjectief) zelfstandig belastingplichtig met een eigen winst- en verliesrekening en een eigen aangifte voor de *Körperschaftsteuer*. De winstberekening bij de *Organträger* en *Organgesellschaft* vindt dus op zelfstandige basis plaats. De boekjaren van de *Organträger* en *Organgesellschaft* hoeven daardoor niet samen te vallen. Indien de boekjaren van elkaar afwijken, wordt het resultaat waarin het boekjaar van de *Organgesellschaft* eindigt tot het resultaat van de *Organträger* gerekend.¹³¹⁸

9.3.3.4 *Geen zelfde fiscale regime eis*

In Duitsland is het niet noodzakelijk dat de *Organträger* en *Organgesellschaft* onderhevig zijn aan hetzelfde fiscale regime. Integendeel, een *Organträger* kan ook een natuurlijk persoon, of personenvennootschap zijn die belastingplichtig is voor de *EStG*, terwijl de *Organgesellschaft* onbeperkt belastingplichtig is voor de *KStG*. Een niet-belastingplichtig persoon kan geen *Organträger* of *Organgesellschaft* zijn.

9.3.3.5 *Rechtsvormvereisten; Organträger en Organgesellschaft*

Om als *Organträger* te kunnen functioneren, moet een persoon of lichaam in Duitsland onbeperkt belastingplichtig zijn (voor de *ESt*, *KSt*, of *GewSt*).¹³¹⁹ Dit betekent dat niet alleen alle lichamen (zoals een AG, GmbH, of Stiftung), maar ook personenvennootschappen als *Organträger* kunnen

IFSt-Schrift Nr. 471 (2011), blz. 10, waar wordt opgemerkt: "Schon lange wird der Gewinnabführungsvertrag mit seinen hohen formalen Hürden als Organschaftsvoraussetzung kritisiert", waarna naar diverse literatuur verwezen wordt in voetnoot 2. Zie ook M.J. Boer, De fiscale eenheid vennootschapsbelasting en insolventie, SDU Fiscale Wetenschappelijke reeks 2009/12/07, paragraaf 7.2.5.7. Lohuis wijst op de grote civielrechtelijke gevolgen indien een dochtermaatschappij failliet gaat. De moedermaatschappij is dan nog steeds verplicht om de verliezen van de dochtermaatschappij aan te zuiveren. H. Lohuis, Het Duitse holdingregime en zijn eigenaardigheden, WFR 2001/1715, voetnoot 18. Ook Berger wijst er op dat het in de praktijk regelmatig gebeurt dat de toerekening van het verlies of de aanzuivering is berekend op basis van een balans waarin foute balanswaardes zijn opgenomen, waardoor een fiscale eenheid in het verleden in het geheel niet werd herkend. I. Berger, Zakendoen in Duitsland, Kluwer 2013, hoofdstuk V.9.

¹³¹⁴ Voor een uiteenzetting van de Europeesrechtelijke bezwaren zie Kessler / Arnold, National begrenzte Organschaft, IStR 2016, blz.226.

¹³¹⁵ Op grond van §4a Abs.2 EStG heeft een Organgesellschaft de mogelijkheid om het begin van het boekjaar aan te passen.

¹³¹⁶ Stemrecht telt mee voor zover het is gebaseerd op de economische of juridische eigendom van de aandelen van de *Organgesellschaft*. Indien de economische en juridische eigendom in verschillende handen zijn, dan is de economische eigendom doorslaggevend.

¹³¹⁷ BFH 24.01.1968, BStBl. II 1968, blz. 317.

¹³¹⁸ U. Prinz/ S. Witt, Steuerliche Organschaft, Otto Schmidt Verlag, 2015, Rn. 1.38 en 1.39.

¹³¹⁹ Voor een uiteenzetting van de onbeperkte belastingplicht voor de KStG verwijs ik naar hoofdstuk 4.2.2.

worden aangemerkt (§14 Abs. 1, Nr. 2 KStG). Als voorwaarde voor een personenvennootschap als *Organträger* geldt wel dat de personenvennootschap zelf inkomsten uit een economische activiteit (*gewerbliches Unternehmen*) in de zin van §15, Abs 1 EStG moet genieten en dat de aandelen in de *Organgesellschaft* moeten worden toegerekend aan dit *gewerbliche Unternehmen*.¹³²⁰ Ook een Duitse vaste inrichting van een buitenlands lichaam kan (onder vergelijkbare voorwaarden) als *Organträger* of *Organgesellschaft* worden aangemerkt.

9.3.3.6 Vestigingsplaats

Lange tijd was het voor het vormen van een *Organschaft* noodzakelijk dat zowel de feitelijke leiding als de zetel van de *Organträger* en *Organgesellschaft* in Duitsland waren gevestigd. In 2001 werd de vestigingsplaats eis voor de *Organträger* versoepeld. Voortaan was de feitelijke leiding doorslaggevend en hoefde de *Organträger* de zetel niet meer in Duitsland te hebben.¹³²¹ Vanaf 2013 kan ook een Duitse vaste inrichting van een buitenlands lichaam als *Organträger* worden aangemerkt.¹³²² Het is dan wel vereist dat het belang in de *Organgesellschaft* aan het (*gewerbliche*) ondernemingsvermogen van de vaste inrichting kan worden toegerekend en dat de vaste inrichting is ingeschreven in het Duitse handelsregister. Praktisch gezien is het echter nog niet zo eenvoudig een *Organschaft* met een buitenlands lichaam aan te gaan, omdat nog steeds als vereiste geldt dat een *Gewinnabführungsvertrag* moet worden afgesloten. Dit aspect kan tot mogelijke praktische problemen leiden, omdat niet iedere lidstaat deze civielrechtelijke overeenkomst erkent en de vraag opkomt of het buitenlandse lichaam ook in een vergelijkbaar handelsregister in het buitenland moet zijn ingeschreven.¹³²³

Als *Organgesellschaft* komen alle kapitaalvennootschappen met feitelijke leiding in Duitsland in aanmerking. Vanaf 2013 is het voldoende dat de statutaire vestigingsplaats (zetel) in de EU / EER is.¹³²⁴

9.3.3.6.1 Grensoverschrijdende *Organschaft* mogelijk?

In Duitsland is het niet mogelijk om een *Organschaft* te vormen indien de *Organträger* of *Organgesellschaft* niet feitelijk in Duitsland is gevestigd en geen vaste inrichting in Duitsland heeft. Met andere woorden, er kan geen grensoverschrijdende *Organschaft* worden aangegaan, waarbij resultaten over de grens kunnen worden verrekend.¹³²⁵

Op grond van Europese rechtspraak zag de Duitse wetgever zich wel genooddaakt om de hierboven besproken vestigingsplaatsvereisten te versoepelen, zodat ook buitenlandse lichamen met een vaste

¹³²⁰ Doordat "slapende" vennootschappen die geen ondernemingsactiviteiten verrichten geen deel kunnen uitmaken van de fiscale eenheid wordt volgens Offermanns de economische benadering van de *Organschaft* benadrukt. R. Offermanns, Een vergelijking van de fiscale eenheidsregimes binnen Europa en hun verenigbaarheid met het EU-recht, TFO 2016/146.2, paragraaf 2. Stevens en Fibbe merken op dat deze voorwaarde er toe leidt dat de "economische activiteit" normaliter een vaste inrichting vormt voor Nederlandse fiscale doeleinden, zodat vanwege de toepassing van de objectvrijstelling de rentelasten (indien deze hoger zijn dan de vaste inrichting winsten) niet langer aftrekbaar zijn in Nederland. A.J.A. Stevens / G.K. Fibbe, 'Hybride hersenspinsels over BEPS en ATAD 2 deel II: hybride entiteiten, NTFR-B 2017/45, voetnoot 18.

¹³²¹ Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrecht 2001, Gesetz 20 december 2001, BGBl. I 2001, 3858; BStBl. I 2002, 35.

¹³²² Gesetz zur Änderung und Vereinfachung der Unternehmensbesteuerung und des steuerlichen Reiskostenrechts v. 20 februari 2013, BGBl. I 2013, 285.

¹³²³ U. Prinz/ S. Witt, Steuerliche Organschaft, Otto Schmidt Verlag, 2015, Rn. 1.51 en Rn. 25.13. Zie ook Kessler/Arnold, National begrenzte Organschaft, IStR 2016, blz.226.

¹³²⁴ Er is dus geen *Organschaft* mogelijk als een onderneming haar zetel weliswaar in Duitsland heeft, maar vanuit een andere EU / EER lidstaat wordt geleid. Vergelijk R. Offermanns, Een vergelijking van de fiscale eenheidsregimes binnen Europa en hun verenigbaarheid met het EU-recht, TFO 2016/146.2, paragraaf 4.3.3.

¹³²⁵ Ook in Duitsland is er discussie of grensoverschrijdende verliesverrekening zou moeten worden toegestaan. Zie bijvoorbeeld J.D. Becker/T. Loose, Praxis der internationalen Verlustnutzung für deutsche Kapitalgesellschaftskonzerne, Ubg 3/2014, blz.154.

inrichting in Duitsland een *Organschaft* zouden kunnen vormen. Echter onder andere het verplicht afsluiten van een *Gewinnabführungsvertrag* zorgt bij grensoverschrijding voor de nodige hoofdbreken en mogelijke strijd met EU-recht, omdat het niet duidelijk is of een binnenlands lichaam überhaupt een dergelijke overeenkomst kan afsluiten met een buitenlandse *Organträger* of *Organgesellschaft*.¹³²⁶ Verder is mogelijk een aantal andere voorwaarden en uitwerkingen van de *Organschaft* in strijd met EU-recht.¹³²⁷ Hieronder ga ik in op enkele aspecten.

Marks & Spencer II

In het Marks & Spencer II arrest besliste het Europese Hof van Justitie dat een verlies dat definitief niet verrekenbaar is bij de buitenlandse dochtervennootschap, bij de moedervennootschap in aanmerking moet kunnen worden genomen. Zoals uit hoofdstuk 8.3.4.3 is gebleken heeft Duitsland geen liquidatieverliesregeling of een andere regeling waarbij rekening wordt gehouden met de uitkomst van Marks & Spencer II. De Duitse wetgever heeft tot op heden naar aanleiding van het Marks & Spencer II arrest geen actie ondernomen en in 2011 aangegeven dat niet uit het arrest duidelijk naar voren komt wanneer een verlies als "definitief" verlies heeft te gelden.¹³²⁸ Ook is het de vraag of bij het in aanmerking nemen van finale verliezen een *Gewinnabführungsvertrag* als vereiste heeft te gelden.¹³²⁹ In de literatuur wordt de afwachtende houding van de wetgever deels onderkend¹³³⁰, maar is er ook kritiek op het ontbreken van een regeling die voorziet in de verrekening van definitieve verliezen.¹³³¹

X Holding

In het X Holding arrest¹³³² besliste het Europese Hof van Justitie dat het weren van in het buitenland gevestigde dochtermaatschappijen uit een fiscale eenheid geen verboden belemmering is. Op dat punt lijkt de Duitse regeling dus EU-proof.¹³³³

Papillon en SCA Group Holding

De Duitse regeling lijkt EU-proof te zijn als het gaat om de mogelijkheid een fiscale eenheid te vormen tussen een feitelijk in Nederland gevestigde moedermaatschappij en een eveneens feitelijk in Nederland gevestigde kleindochtermaatschappij, terwijl de aandelen in de kleindochtermaatschappij worden gehouden door een feitelijk in een andere lidstaat van de EU/EER gevestigde tussenhoudster. Zoals uit hoofdstuk 9.3.3.2 is gebleken is ook een *Organschaft* mogelijk als de *Organträger* een middellijk belang houdt in de *Organgesellschaft*. Als voorwaarde geldt wel dat zowel de moedermaatschappij in de dochtermaatschappij als de dochtermaatschappij in de

¹³²⁶ U. Prinz/ S. Witt, *Steuerliche Organschaft*, Otto Schmidt Verlag, 2015, Rn. 25.1. A. Schnitger, Keine 5% nichtabzugsfähige Betriebsausgaben in Folge grenzüberschreitender Organschaft – Auswirkungen der Entscheidung des EuGH in der Rs. Groupe Steria für den deutschen Rechtskreis, *IStR* 2015, 772.

¹³²⁷ Voor een overzicht verwijs ik naar Kessler / Arnold, *National begrenzte Organschaft*, *IStR* 2016, 226. Zie ook Kolbe, in Hermann/Heuer/Raupach, §14 KStG, Anm.12.

¹³²⁸ Bundesministerium der Finanzen, Prüfbericht 'Verlustverrechnung und Gruppenbesteuerung', 10 november 2011, blz. 68-69.

¹³²⁹ U. Prinz/ S. Witt, *Steuerliche Organschaft*, Otto Schmidt Verlag, 2015, Rn. 25.3 en 25.4.

¹³³⁰ F. Leich/ A. Cloer, Referral tot he ECJ on (final) cross-border losses – Timac Agro Deutschland (Case C-388/14), *European Taxation*, september 2015, blz. 445 e.v.

¹³³¹ Zie onder ander Montag in Tipke/Lang, *Steuerrecht Tipke/Lang*²², *Steuerrecht*, §14, Rz. 29. M. Lang, has the case law of the ECJ on final losses reached the end of the line? *European Taxation* 2014, volume 54, nr. 12 en IFSt-Arbeitsgruppe, *IFSt-Schrift* nr. 471, 2011, blz. 74-75. Volgens de *FSt-Arbeitsgruppe* zou een dergelijke regeling gerechtvaardigd zijn op grond van het Europese recht, maar ook in het licht van het nationale systeem. §8b Abs. 3 KStG zou in het geval van definitieve verliezen niet van toepassing moeten zijn, aangezien er geen sprake is van een risico op dubbele verliesverrekening. Opmerkelijk vond ik dat het *Finanzgericht Düsseldorf* oordeelde dat een liquidatieverliesregeling wenselijk zou zijn, maar dat dit op grond van de wettekst en ratio van §8b Abs. 3 KStG niet gerechtvaardigd kan worden (*FG Düsseldorf* 19 oktober 2012, nr. 6 K 2439/11 F, BeckRS 2013, 95205).

¹³³² HvJ EU 25 februari 2010, nr. C-337/08 (X Holding) BNB 2010/166.

¹³³³ In gelijke zin U. Prinz/ S. Witt, *Steuerliche Organschaft*, Otto Schmidt Verlag, 2015, Rn. 25.5.

kleindochtermaatschappij de meerderheid van de stemrechten heeft. De dochtermaatschappij (tussenhoudster) zelf wordt dan overigens niet in de *Organschaft* opgenomen en hoeft ook niet in Duitsland gevestigd te zijn.

In Duitsland lijkt het in de uitwerking echter niet mogelijk dat twee zustermaatschappijen met een buitenlandse moedermaatschappij (zonder vaste inrichting in Duitsland) een *Organschaft* aangaan. Of dit in strijd is met de uitkomst van SCA Group Holding arrest wordt in Duitsland bediscussieerd. Prinz¹³³⁴ is van mening dat het *Organschaft* concept en de voorwaarde voor het afsluiten van een *Gewinnabführungsvertrag* weliswaar de samentelling van resultaten van Papillon-achtige fiscale eenheden verhindert, maar dat er geen Europeesrechtelijke inbreuk is omdat zowel bij binnenlandse als buitenlandse moedermaatschappijen toerekening aan binnenlands ondernemingsvermogen is vereist. Ook Blümich¹³³⁵ en Hahn¹³³⁶ zien geen Europeesrechtelijke inbreuk. Brocke & Müller geven aan dat het technisch mogelijk is een *Organschaft* te vormen omdat de *Gewinnabführungsvertrag* met het buitenlandse lichaam zelf (en niet met de vaste inrichting) wordt afgesloten. Zij wijzen er tevens op dat op grond van het arrest het niet geboden is dat Duitsland resultaat overdracht naar het buitenland hoeft toe te staan.¹³³⁷ Breuninger¹³³⁸ en Kessler¹³³⁹ zijn echter wel van mening dat de voorwaarde dat het belang in de *Organgesellschaft* aan de onderneming van een Duitse vaste inrichting moet worden toegerekend op gespannen voet staat met het SCA Group Holding arrest. Datzelfde geldt volgens hen voor de voorwaarde dat de feitelijke leiding van de *Organgesellschaft* in Duitsland moet zijn gevestigd.

Groupe Steria en per-element-benadering

Zoals reeds aangegeven, gaat het in het door het Europese Hof van Justitie gewezen arrest Groupe Steria om de vraag of Frankrijk dividenden ontvangen van buitenlandse deelnemingen mag belasten tegen 5%, terwijl dividenden ontvangen van binnenlandse deelnemingen – als gevolg van het Franse fiscale consolidatie regime – in het geheel niet worden belast. Evenals Frankrijk kunnen ook in Duitsland de regels zo uitwerken dat dividenden ontvangen van buitenlandse deelnemingen belast worden tegen 5%, terwijl dividenden ontvangen van binnenlandse deelnemingen – als gevolg van het Duitse *Organschaft* regime – in het geheel niet worden belast.¹³⁴⁰ Uit hoofdstuk 9.3.5.1 zal nog blijken dat ten aanzien van de Duitse earningsstrippingmaatregel (*Zinsschranke*) de *Organträger* en *Organgesellschaft* als één onderneming wordt gezien (§15 Nr. 3 KStG). Het fiscale gevolg hiervan is dat toepassing van een aftrekbeperking in binnenlandse situaties voorkomen kan worden door het aangaan van een *Organschaft*. Ook dit aspect is mogelijk in strijd met de uitkomst van Groupe Steria.¹³⁴¹

¹³³⁴ U. Prinz/ S. Witt, *Steuerliche Organschaft*, Otto Schmidt Verlag, 2015, Rn. 1.52.

¹³³⁵ Blümich/Krumm, KStG §14 Rn. 215-217.

¹³³⁶ H. Hahn, *Im westen nichts neues, Überlegungen zur Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Papillon*, IStR 2009, blz.198.

¹³³⁷ K. van Brocke/S. Müller, *Die Auswirkungen des SCA Group Holding-Urteils auf das deutsche Steuerrecht*, DStR 2014, 2106.

¹³³⁸ Breuninger in Prinz / Witt, *Steuerliche Organschaft*, Otto Schmidt Verlag, 2015, Rn.25.6. Offermanns is eenzelfde mening toegedaan, zie R. Offermanns, *Een vergelijking van de fiscale eenheidsregimes binnen Europa en hun verenigbaarheid met het EU-recht*, TFO 2016/146.2, paragraaf 4.3.3.

¹³³⁹ Kessler/Arnold, *National begrenzte Organschaft*, IStR 2016,226. De auteurs merken wel op dat ook de *Gewinnabführungsvertrag* in de beoordeling betrokken moet worden.

¹³⁴⁰ Zie onder ander Krumm in Blümich/Krumm, KStG §14 Rn. 215-217 en A. Schnitger, *Keine 5% nichtabzugsfähige Betriebsausgaben in Folge grenzüberschreitender Organschaft – Auswirkungen der Entscheidung des EuGH in der Rs. Groupe Steria für den deutschen Rechtskreis*, IStR 2015, blz.772.

¹³⁴¹ In gelijke zin Kosalla, *Diskriminierung im Finanzberich – Europarechtswidrige Flucht in die Organschaftsregelungen*, Ubg 2011, 874; Kessler/Arnold, *National begrenzte Organschaft*, IStR 2016, blz.226. Schnitger is van mening dat dit aspect niet in strijd is met EU-recht. A. Schnitger, *Keine 5% nichtabzugsfähige Betriebsausgaben in Folge grenzüberschreitender Organschaft – Auswirkungen der Entscheidung des EuGH in der Rs. Groupe Steria für den deutschen Rechtskreis*, IStR 2015, blz.772; J. Hey, *Perspektiven der Unternehmensbesteuerung, Gewerbesteuer – Gruppenbesteuerung – Verlustverrechnung –*

9.3.3.7 Geen non-voorraad eis

Voor het vormen van een *Organschaft* geldt er geen voorwaarde dat de *Organträger* de *Organgesellschaft* niet als voorraad mag aanhouden.

9.3.4 Regels en uitwerking bij het aangaan

Bij een *Organschaft* is er geen sprake van een (fiscale) opgaan-in-gedachte tussen de *Organträger* en *Organgesellschaft*. Het ontbreken van de fiscale-fusiegedachte dan wel een consolidatie leidt er toe dat er geen specifieke fiscale entreeheffingen in Duitsland zijn ten aanzien van het aangaan van een *Organschaft*. De verrekening van voorvoegingsverliezen of voorvoegingswinsten met resultaten van de *Organschaft* worden besproken in hoofdstuk 9.3.5.3.

9.3.5 Regels en uitwerking tijdens het bestaan

9.3.5.1 In beginsel geen opgaan-in (gedachte)

Zowel de *Organträger* als de *Organgesellschaft* blijven (subjectief) zelfstandig belastingplichtig met een eigen winst- en verliesrekening en een eigen aangifte voor de *Körperschaftsteuer*. De winstberekening bij de *Organträger* en *Organgesellschaft* vindt dus op zelfstandige basis plaats. Het aangaan van een *Organschaft* heeft tot gevolg dat de winst van de *Organgesellschaft* volledig wordt toegerekend aan de *Organträger* of de *Organträger* het verlies van de *Organgesellschaft* aanzuivert. In beginsel zal de te belasten winst van de *Organgesellschaft* dus nihil zijn.

Het ontbreken van de opgaan-in-gedachte of enige consolidatie leidt er toe dat er een fiscale winst of verlies in aanmerking wordt genomen bij intercompany transacties en interne reorganisaties tussen de *Organträger* en *Organgesellschaft*.

Bijzonder is dat ten aanzien van de Duitse earningsstrippingmaatregel (*Zinsschranke*) een uitzondering wordt gemaakt en voor deze renteaftrekbeperving de *Organträger* en *Organgesellschaft* wel als één onderneming (geconsolideerd) worden gezien (§15 Nr. 3 *KStG*). Het fiscale gevolg hiervan is dat toepassing van een aftrekbeperving in binnenlandse situaties voorkomen kan worden door het aangaan van een *Organschaft*. Zoals in hoofdstuk 9.3.3.6.1 lijkt me dit aspect in strijd met de uitkomst van *Groupe Steria*.

Door het aangaan van een *Organschaft* kan ook de toepassing van de 95% deelnemingsvrijstelling vermeden worden. Binnen een *Organschaft* worden winsten overgemaakt op basis van het *Gewinnabführungsvertrag*. In plaats van een 5% bijheffing vindt er dan effectief geen belastingheffing plaats over deze uitgekeerde winsten aan de *Organträger*.

9.3.5.2 Ausgleichszahlungen

Op het moment dat de *Organträger* niet 100% belang bezit in de *Organgesellschaft*, leidt de afdracht van de volledige (commerciële) winst aan de *Organträger* tot benadeling van minderheidsaandeelhouders van de *Organgesellschaft*. Dit wordt opgelost doordat de *Organträger* verplicht is om een soort van compenserende betaling (*Ausgleichszahlungen*) te verrichten aan bepaalde minderheidsaandeelhouders (§304 *AktG*). Er dient ten minste een bedrag te worden uitgekeerd dat op grond van het winstverleden en de winstverwachting van de *Organgesellschaft* als dividend zou zijn uitgekeerd. De *Organgesellschaft* is zelf voor de *Ausgleichszahlungen* belastingplichtig en dit vormt de uitzondering op de regel dat de *Organgesellschaft* geen *Körperschaftsteuer* verschuldigd is voor de duur van de *Organschaft*. In §16 *KStG* is bepaald dat de *Organgesellschaft* wordt belast voor 20/17 van het bedrag van de *Ausgleichszahlungen*.¹³⁴² Deze bepaling zorgt er voor dat er geen eventuele inbreuk wordt gemaakt op het klassieke stelsel. Bij verliesverrekeningsmogelijkheden op het niveau van de *Organträger* of *Organgesellschaft* zou er anders geen belastingheffing bij de *Organgesellschaft* zelf hebben plaatsgevonden.

Gewinnermittlung, StuW 2/2011, blz. 138 en W. Kessler/ C. Spengel, Checkliste potenziell EU-rechtswidriger Normen des deutschen direkten Steuerrechts, DB, Beilage 01 zu Heft Nr. 05, 3 februari 2017, blz. 29.

¹³⁴² De breuk heeft te maken met het *Körperschaftsteuer*tarief van 15%. Bij een dergelijk tarief bedraagt de winst vóór belasting 20/17 van de *Ausgleichszahlungen*.

9.3.5.3 *Mehr - en Minderabführungen*

In Duitsland heeft de *Organschaft*, door werking van het *Gewinnabführungsvertrag*, zowel commerciële als fiscale gevolgen. Door bijvoorbeeld fiscaal niet aftrekbare kosten, fiscaal vrijgestelde bedragen en/of verschillen in afschrijving kan het commerciële resultaat bij een Duits lichaam afwijken van het fiscale resultaat. Hierdoor kan de commercieel afgedragen winst aan of het commercieel aan te zuiveren verlies door de *Organträger* afwijken van de fiscale berekening. Op het moment dat de commerciële winst groter is dan de fiscale winst, is sprake van een zogenoemde *Mehrabführung*. Dit houdt in dat de aan de *Organträger* af te dragen winst groter is dan de winst die aan de *Organträger* wordt toegerekend. Er is sprake van een *Minderabführung* op het moment dat de fiscale winst groter is dan de commerciële winst en er aan de *Organträger* minder winst wordt afgedragen dan aan hem wordt toegerekend. De *Mehr - en Minderabführungen* leiden tot fiscaaltechnische correcties in het fiscale vermogen (*steuerliche Einlagekonto*, §27 Abs. 6 KStG) van de *Organgesellschaft* en bij de *Organträger* tot een extracomptabele correctie op de boekwaarde van het belang (*Ausgleichposten*).¹³⁴³ De fiscaal technische uitwerkingen van de *Ausgleichzahlungen* en de *Mehr- en Minderabführungen* worden in Duitsland als uiterst complex ervaren en mede als argument aangevoerd om de belastingheffing van groepen (concerngedachte) nieuw gestalte te geven.¹³⁴⁴

9.3.5.4 *Geen bepaling om overnamerente te beperken*

Duitsland kent geen beperking van renteaftrek bij overnameholdings.¹³⁴⁵ Voor de van toepassing zijnde renteaftrekbeperking in Duitsland verwijs ik naar hoofdstuk 7.3.3.

9.3.5.5 *Verliesverrekening*

Tijdens het bestaan van een *Organschaft* worden de resultaten van de *Organgesellschaft* aan de *Organträger* toegerekend. Als de *Organträger* een natuurlijk persoon of personenvennootschap is, heeft dit als fiscaal gevolg dat het door een *Organgesellschaft* geleden *Körperschaftsteuer* (en *Gewerbesteuer*) verlies te gelde gemaakt kan worden tegen het progressieve *Einkommensteuertarief*.

Het verlies van een *Organschaft* kan zowel achterwaarts als voorwaarts, met inachtneming van de in hoofdstuk 6.3 beschreven verliesverrekeningsregels worden verrekend.

9.3.5.5.1 *Voorvoegingsverliezen Organgesellschaft en Organträger*

Eventuele voorvoegingsverliezen van de *Organgesellschaft* kunnen niet binnen de *Organschaft* worden verrekend. Pas nadat de *Organschaft* is beëindigd herleven eventuele voorvoegingsverliezen van de *Organgesellschaft* weer. In de praktijk leidt dit er toe dat een potentiële *Organgesellschaft* vaak wacht met het aangaan van een *Organschaft* totdat de eigen verliezen zijn verrekend.¹³⁴⁶ Eventuele voorvoegingsverliezen van de *Organträger* kunnen wel met de winst van een *Organschaft* worden verrekend. Het is daarbij niet noodzakelijk dat de *Organträger* de winst zelf heeft behaald, met andere woorden, ook als de winst van de *Organschaft* tot stand is gekomen door een verlies van de *Organträger* en winst van de *Organgesellschaft* kan het voorvoegingsverlies van de *Organträger* verrekend worden.

9.3.5.5.2 *Voorvoegingswinsten Organgesellschaft en Organträger*

¹³⁴³ Deze fiscaaltechnische uitwerking blijft hier verder onbesproken. Voor een Nederlandse uiteenzetting verwijs ik naar M.J. Boer, De fiscale eenheid vennootschapsbelasting en insolventie, SDU Fiscale Wetenschappelijke reeks 2009/12/07, paragraaf 7.3.4.

¹³⁴⁴ *Organschaft* en IFSt-Arbeitsgruppe, Einführung einer modernen Gruppenbesteuerung - Ein Reformvorschlag, IFSt-Schrift Nr. 471 (2011), blz. 31.

¹³⁴⁵ Wel wijs ik er op dat §14 Abs. 1 Nr. 5 KStG gezien kan worden als een verkapte renteaftrekbeperking om dubbele renteaftrek te voorkomen. Op grond van deze bepaling wordt een *Organschaft*verlies niet in aanmerking genomen als dit verlies ook in een andere belastingjurisdictie in aftrek kan worden gebracht.

¹³⁴⁶ Vergelijk M.J. Boer, De *Organschaft* in de *Körperschaftsteuer*, WFR 2011/472, paragraaf 7.

De terugwenteling van verliezen over het voegingstijdstip geschiedt in Duitsland als volgt: het verlies van een *Organgesellschaft* wordt volledig toegerekend aan de *Organträger*. De *Organgesellschaft* kan dit verlies dus niet verrekenen met de eventuele voorvoegingswinst die zij in het laatste boekjaar voor totstandkoming van de *Organshaft* heeft behaald. De *Organträger* kan het verlies (uit het eerste boekjaar) van de *Organshaft* wel verrekenen met een eventueel voorvoegingswinst van de *Organträger*. Dat geldt ook als het verlies van de *Organshaft* voor een deel bestaat uit het verlies van de *Organgesellschaft*. Dat kan worden verklaard uit het feit dat de *Organträger* op grond van het *Gewinnabführungsvertrag* verplicht is om het verlies van de *Organgesellschaft* aan te zuiveren.

9.3.5.5.3 Verrekening van (*Organshaft*)verliezen na beëindiging van de *Organshaft*

Na de beëindiging van een *Organshaft* kunnen de verliezen die tijdens het bestaan van de *Organshaft* onverrekend zijn gebleven, worden verrekend met de winst die de *Organträger* maakt. Het is daarbij niet van belang of deze verliezen veroorzaakt zijn door de *Organgesellschaft* of de *Organträger*. Het is niet mogelijk om een deel van de onverrekende *Organshaft*verliezen mee te geven aan de *Organgesellschaft*, ook niet als het *Organshaft*verlies is ontstaan door verliezen van de *Organgesellschaft*. Bij beëindiging van de *Organshaft* herleven wel de voorvoegingsverliezen van de *Organgesellschaft*.

9.3.5.5.4 Verrekening van (*Organshaft*)winsten na beëindiging van de *Organshaft*

Het verlies van een *Organgesellschaft* in het eerste jaar na beëindiging van een *Organshaft* kan niet terug worden gewenteld naar het resultaat van de *Organshaft*. Een dergelijke verrekening zou ten goede komen aan de *Organträger*, terwijl laatstgenoemde niet verplicht is om deze verliezen van de *Organgesellschaft* aan te zuiveren. Het verlies van een *Organträger* in het eerste jaar na beëindiging van een *Organshaft* kan wel worden verrekend met de winst van het laatste jaar waarin een *Organshaft* bestond.

9.3.6 Regels en uitwerking bij het beëindigen / de verbreking

Indien een *Organshaft* binnen vijf jaar wordt beëindigd, dan wordt, behoudens als er sprake is van een belangrijke reden, de *Organshaft* geacht nooit te hebben bestaan (*verunglückte Organshaft*). De rechtsgevolgen van een *Organshaft* worden dan ongedaan gemaakt. Van een belangrijke reden (*wichtiger Grund*) is sprake bij bijvoorbeeld vervreemding van de *Organgesellschaft*, of bij fusie, splitsing, liquidatie of faillissement. Na afloop van vijf jaar kan een *Organshaft* ook zonder een belangrijke reden worden beëindigd en zonder terugwerkende kracht. Bij een *Organshaft* vindt er geen (fiscale) consolidatie tussen de *Organträger* en de *Organgesellschaft* plaats. Het ontbreken van de opgaan-in-gedachte leidt er toe dat er geen specifieke fiscale exitheffingen in Duitsland zijn ten aanzien van het beëindigen van een *Organshaft*.

De verrekening van verliezen na beëindiging van een *Organshaft* met resultaten van de *Organshaft* en het meegeven van *Organshaft*verliezen aan de *Organträger* en *Organgesellschaft* zijn besproken in hoofdstuk 9.3.5.3.

9.4 Beschouwing / conclusie

In dit hoofdstuk heb ik onderzocht hoe het fiscale eenheidsregime er uit ziet in de vennootschapsbelasting, respectievelijk de *Organshaft* in de *Körperschaftsteuer* en welke verschillen en overeenkomsten er bestaan tussen het groepsregime in beide landen. Uit een analyse van wetgeving, parlementaire stukken, jurisprudentie en literatuur blijkt mijns inziens dat op hoofdlijnen in Nederland met name één discussiepunt sterk naar voren komt, namelijk de houdbaarheid van het fiscale eenheidsregime in het licht van de Europese vrijheden. Het Europese Hof van Justitie heeft op 22 februari 2018 beslist dat het Nederlandse fiscale eenheidsregime (deels) in strijd is met EU-recht en de per-element-benadering moet toestaan. De Nederlandse wetgever heeft daarop aangekondigd het fiscale eenheidsregime te willen aanpassen. Getoetst aan mijn toetsingskader betekent dat mijns inziens dat het fiscale eenheidsregime niet voldoet aan de fiscaal-juridische toets. Eén van de denkbare mogelijkheden die zowel door de staatssecretaris als in de literatuur is geopperd is de huidige fiscale eenheidsregeling vervangen door een group-relief achtige regeling. Mogelijk is een dergelijke regeling ook eenvoudiger en vanuit dat perspectief aanbevelenswaardig omdat de regeling beter voldoet aan de fiscaal-wetstechnische toets uit mijn

toetsingskader. Duitsland kent een regeling waarbij winsten en verliezen met elkaar verrekenend kunnen worden, die ik in hoofdstuk 9.3 nader heb onderzocht. Hieronder zal ik – aan de hand van mijn toetsingskader (zie hoofdstuk 1.3.2.4) nader ingaan op de vraag of het Duitse *Organschaft* regime als zodanig, of wellicht bepaalde elementen uit het *Organschaft* regime, aanbevelenswaardig is (zijn) voor de Nederlandse vennootschapsbelasting.

9.4.1 Het *Organschaft* regime, iets voor Nederland?

In tegenstelling tot het ontstaan van het wettelijke fiscale eenheidsregime in Nederland in 1940, is in Duitsland de belastingheffing van een concern (een groep van vennootschappen) ontstaan door rechterlijke uitspraken uit het begin van de 19^e eeuw.¹³⁴⁷ De eerste Duitse gedachte achter het belasten van een eenheid, namelijk het voorkomen dat er geen belasting kon worden geheven van een buiten Pruisen gelegen onderneming, wijkt enigszins af van de orgaantheorie die zich in Duitsland later heeft ontwikkeld. De uitgangspunten en ratio rondom het belasten van een concern komen in zowel Nederland als Duitsland mijns inziens vanaf het ontstaan van het fiscale eenheidsregime (jaren veertig van de vorige eeuw) op hoofdlijnen overeen. De kern kan worden samengevat met de wens om voor de belastingheffing aan te sluiten bij de economische werkelijkheid (eenheid). In zowel Duitsland als Nederland bestaat er zowel historisch als in het huidige recht echter niet zoiets als een (gesloten) systeem voor de belastingheffing van concerns. Er bestaan verschillende fiscale wettelijke regelingen die op concerns van toepassing zijn, maar die wat betreft ratio, voorwaarden en uitwerking van elkaar verschillen. In beide landen is er een spanning tussen het belasten op concernniveau (economisch uitgangspunt) en de hoofdregel in de vennootschapsbelasting respectievelijk *Körperschaftsteuer* dat ieder lichaam juridisch gezien zelfstandig belastingplichtig is.

Historisch gezien, bestaat de kern van het fiscale eenheidsregime er in dat de vennootschapsbelasting wordt geheven alsof de dochtermaatschappij in de moedermaatschappij is opgegaan. Nederland kent mijns inziens met de eenheidstheorie (opgaan-in-gedachte) een verdergaande economische benadering dan Duitsland heeft willen toestaan. Deze eenheidsgedachte is in Duitsland als theorie wel naar voren gekomen, maar door de Duitse rechter en wetgever nooit geaccepteerd. Op zich is het wel vreemd dat het regime zoals dat in Nederland wordt gehanteerd door de Duitsers in 1940 wel is geaccepteerd en door de Duitse wetgever zelf niet werd toegepast. Duitsland heeft op dit vlak het principe van de subjectieve belastingplicht van ieder afzonderlijk lichaam minder willen loslaten dan Nederland. Dit hangt mijns inziens ook mede samen met het wezenlijke verschil dat in Duitsland de band tussen de *Organschaft* en het civieljuridische een veel sterkere is. Een *Organschaft* heeft in Duitsland civiel-juridische, commerciële en fiscale gevolgen¹³⁴⁸, terwijl in Nederland het aangaan van een fiscale eenheid alleen fiscale gevolgen heeft. De orgaantheorie zoals deze in Duitsland zich heeft ontwikkeld, heeft in Nederland geen belangrijke plaats ingenomen.¹³⁴⁹

Het Nederlandse fiscale eenheidsregime mag dan alleen fiscale gevolgen hebben (en meer specifiek alleen voor de Vpb), deze fiscale gevolgen gaan wel veel verder dan de Duitse fiscale gevolgen. Het belangrijkste fiscale verschil tussen de Nederlandse fiscale eenheid en de Duitse *Organschaft* zijn de gevolgen van de opgaan-in-gedachte die Nederland hanteert en Duitsland niet. Bij de *Organschaft* behouden de *Organträger* en *Organgesellschaft* hun zelfstandigheid en is er geen sprake van consolidatie. Qua fiscale en praktische uitwerking heeft dat tot gevolg dat in Nederland binnen de fiscale eenheid interne reorganisaties en intercompany transacties mogelijk zijn, zonder fiscaal af te rekenen. Dit heeft ook tot gevolg dat de winsten van beide lichamen in Nederland niet afzonderlijk berekend worden zoals in Duitsland en vervolgens samengeteld, maar dat de winst wordt berekend

¹³⁴⁷ Zie ook J. Hoogendoorn, Oorsprong en karakter van het instituut fiscale eenheid, MBB 1995/375, paragraaf 2.

¹³⁴⁸ Zie hoofdstuk 9.3.3.1.1. Nadat in Duitsland een civiel juridische overeenkomst (*Gewinnabführungsvertrag*) is afgesloten worden de zelfstandig fiscaal berekende resultaten van de *Organgesellschaft* voor zowel commerciële als fiscale doeleinden aan de *Organträger* toegerekend.

¹³⁴⁹ J. Verburg, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, Belastingconsulentendag'77, nr. 22, FED, 1977, blz.11.

alsof slechts één lichaam bestaat. In Nederland heeft deze opgaan-in-gedachte een vergaande fiscale uitwerking tot gevolg dat er allerlei additionele bepalingen om claimverlies voor de fiscus te voorkomen (de in hoofdstuk 9.2.4 en 9.2.6 beschreven entree- en exitheffing) zijn opgenomen die Duitsland niet kent. In Duitsland is het niet mogelijk om binnen de *Organschaft* intern te reorganiseren zonder af te rekenen, maar uit jurisprudentie en literatuur kan ik niet afleiden dat dit in Duitsland als een groot gemis of knelpunt wordt gezien. In Duitsland bestaat de voornaamste kritiek rondom de *Organschaft* uit het verplicht moeten afsluiten van een civielrechtelijke overeenkomst, de *Gewinnabführungsvertrag*, voor de totstandkoming van de *Organschaft*. Met name de strikte feitelijke uitvoering waaraan een belastingplichtige zich moet houden (op straffe van het vervallen van het *Organschaft*regime) van een *Gewinnabführungsvertrag* leidt tot veel frustratie in de praktijk. Nederland kent een dergelijke voorwaarde niet.

Vanwege het verschil in fiscale reikwijdte van beide regimes zijn de voorwaarden voor toepassing van het fiscale eenheidsregime, respectievelijk *Organschaft* ook wezenlijk anders. Voor het vormen van een fiscale eenheid is een bezit van 95% noodzakelijk en voor het vormen van een *Organschaft* een meerderheid van de stemrechten. In beide landen wordt vervolgens in beginsel het gehele resultaat van de dochtermaatschappij voor de volle 100% meegenomen voor fiscale eenheid, respectievelijk *Organschaft* doeleinden. In Nederland vindt er geen correctie plaats ten aanzien van de eventuele 5% minderheidsaandeelhouders. In Duitsland wordt wel rekening gehouden met de minderheidsaandeelhouders door middel van de *Ausgleichzahlungen*.

Ook de rechtsvormen wijken in beide landen van elkaar af. Een wezenlijk verschil is bijvoorbeeld dat in Duitsland ook stichtingen, natuurlijke personen met een onderneming, of personenvennootschappen onderworpen aan de *EStG* deel kunnen uitmaken van de *Organschaft*.¹³⁵⁰ Dit maakt mijns inziens het *Organschaft*regime rechtsvormneutraler dan het Nederlandse fiscale eenheidsregime. Op dit vlak gaat de eenheidsgedachte juist in Duitsland verder dan in Nederland.

Zowel in het fiscale eenheid als het *Organschaft*regime kunnen resultaten niet grensoverschrijdend worden verrekend en bij beide regimes komen diverse vraagpunten op of de huidige regels voldoen aan het EU-recht. Op 22 februari 2018 heeft het Europese Hof van Justitie expliciet bevestigd dat het Nederlandse fiscale eenheidsregime in strijd is met EU-recht en dat de per-element-benadering ook van toepassing is op het regime.¹³⁵¹ Dit betekent dat Nederland specifieke, individuele voordelen van het fiscale eenheidsregime niet mag beperken tot Nederlandse concerns. Het voordeel van de opgaan-in-gedachte moet in sommige gevallen ook worden toegestaan aan een Nederlandse vennootschap met een buitenlandse dochter. Gezien de uitkomst van het Groupe Steria arrest lijkt ook het *Organschaft*regime in strijd met EU-recht. Evenals in Frankrijk kunnen ook in Duitsland de regels zo uitwerken dat dividenden ontvangen van buitenlandse deelnemingen belast worden tegen 5%, terwijl dividenden ontvangen van binnenlandse deelnemingen – als gevolg van het Duitse *Organschaft*regime – in het geheel niet worden belast.¹³⁵² Daarnaast wordt ten aanzien van de Duitse earningsstrippingmaatregel (*Zinsschranke*) de *Organträger* en *Organgesellschaft* als één onderneming gezien (§15 Nr. 3 KStG). Het fiscale gevolg hiervan is dat toepassing van een aftrekbeperking in binnenlandse situaties voorkomen kan worden door het aangaan van een

¹³⁵⁰ In grensoverschrijdende situaties heeft dit (in het verleden) tot de nodige hoofdbrekens geleid. Zo besliste de Hoge Raad in 1999 (HR 9 juli 1999, nr. 33812, BNB 1999/390) dat een als *Organträger* aangemerkte KG als transparant moest worden beschouwd, waardoor het verlies van de als *Organgesellschaft* aangemerkte GmbH in Nederland als vaste inrichting verlies in aanmerking moest worden genomen. Stevens wijst er nog op dat in het verleden door het aangaan van een *Organschaft* met de KG als *Organträger* twee keer renteaftrek gecreëerd kon worden (A.J.A. Stevens, Enige internationaalrechtelijke fiscale aspecten van personenvennootschappen, TFO 2015/140.2, voetnoot 64).

¹³⁵¹ HvJ EU 22 februari 2018, nr. C-398/16 en C-399/16, V-N 2018/11.14.

¹³⁵² Zie onder ander Krumm in Blümich/Krumm, KStG §14 Rn. 215-217 en A. Schnitger, Keine 5% nichtabzugsfähige Betriebsausgaben in Folge grenzüberschreitender Organschaft – Auswirkungen der Entscheidung des EuGH in der Rs. Groupe Steria für den deutschen Rechtskreis, IStR 2015, blz.772.

Organschaft. Ook dit aspect is mogelijk in strijd met de uitkomst van het Groupe Steria arrest.¹³⁵³ In Duitsland is er daarnaast (zoals in hoofdstuk 9.3.3.6.1 nader beschreven) nog twijfel of wel voldaan wordt aan de uitkomst van Papillon en SCA Group Holding. Daarnaast is er in beide landen twijfel of wel voldaan wordt aan de uitkomst van Mark & Spencer II in de zin dat dat een verlies dat definitief niet verrekenbaar is bij de dochtervennootschap, bij de moedervennootschap in aanmerking moet kunnen worden genomen. In Duitsland is er op dit vlak niets geregeld. De Nederlandse staatssecretaris wijst op de liquidatieverliesregeling, maar mijns inziens is het de vraag of de huidige liquidatieverliesregeling in het licht van Marks & Spencer II voldoende is (zie mijn overwegingen hieromtrent in hoofdstuk 9.2.7.1).

Gedurende het bestaan van de *Organschaft* geldt het resultaat van de *Organgesellschaft* formeel als inkomen van de *Organträger*. Mede door de werking van het *Gewinnabführungsvertrag* kent Duitsland qua verrekening van voorvoegings- en navoegingsresultaten een andere systematiek dan Nederland. Het *Gewinnabführungsvertrag* heeft tot gevolg dat de *Organträger* de resultaten van de *Organgesellschaft* tijdens het bestaan van de *Organschaft* in economische zin draagt. Dit heeft tot gevolg dat verliezen van de *Organgesellschaft* binnen de *Organschaft* niet verrekend kunnen worden met voor- of navoegingsverliezen van de *Organgesellschaft*. De *Organträger* heeft wel de mogelijkheid om de resultaten van vóór en na de *Organschaft* met de resultaten van tijdens de *Organschaft* te verrekenen.

Alles overwegende, kom ik tot de conclusie dat het niet aanbevelenswaardig is om het fiscale eenheidsregime te vervangen door het Duitse *Organschaft*regime als geheel.¹³⁵⁴ Het *Organschaft*regime voldoet niet beter aan de fiscaal-juridische toets, omdat er net zoveel of wellicht nog meer Europeesrechtelijk bedenkingen ten aanzien van het regime bestaan. Naast het hierboven al gesignaleerde mogelijk niet voldoen aan Groupe Steria en Papillon / SCA Group Holding, wordt in Duitsland het verplicht afsluiten van een *Gewinnabführungsvertrag* toenemend gezien als een manier waarop de nationaalrechtelijke uitwerking van de *Organschaft* (en Duitse schatkist) beschermd wordt. Zoals uit hoofdstuk 9.3.3.1.1 en 9.3.3.6.1 blijkt, komt daarbij toenemend de vraag op of het verplicht afsluiten van deze overeenkomst wel in overeenstemming is met het EU-recht.¹³⁵⁵ Invoering van het *Organschaft*regime als oplossing voor het in hoofdstuk 9.2.7 aangestipte huidige relevante discussiepunt rondom het fiscale eenheidsregime zou dus niet zinvol zijn. Met andere woorden, het inpassen van een *Organschaft*regime in Nederland zou vanuit Europeesrechtelijk oogpunt geen enkele meerwaarde bieden.¹³⁵⁶

Het *Organschaft*regime als geheel voldoet mijns inziens ook niet beter aan de fiscaal-beleidsanalytische toets. Het Nederlandse fiscale eenheidsregime kent mijns inziens door de opgaan-in-gedachte een verdergaande economische benadering dan in Duitsland het geval is en past daardoor beter bij de wens (ratio) om aan te sluiten bij de economische werkelijkheid. Op één punt kent het Duitse regime echter een mijns inziens verdergaande economische benadering dan Nederland, namelijk de mogelijkheid voor een ieder (zowel natuurlijk persoon als rechtspersoon,

¹³⁵³ In gelijke zin Kosalla, Diskriminierung im Finanzberich – Europarechtswidrige Flucht in die Organschaftsregelungen, Ubg 2011, 874; Kessler/Arnold, National begrenzte Organschaft, IStR 2016, blz.226. Schnitger is van mening dat dit aspect niet in strijd is met EU-recht. A. Schnitger, Keine 5% nichtabzugsfähige Betriebsausgaben in Folge grenzüberschreitender Organschaft – Auswirkungen der Entscheidung des EuGH in der Rs. Groupe Steria für den deutschen Rechtskreis, IStR 2015, blz.772; J. Hey, Perspektiven der Unternehmensbesteuerung, Gewerbesteuer – Gruppenbesteuerung – Verlustverrechnung – Gewinnermittlung, StuW 2/2011, blz. 138 en W. Kessler/C.Spengel, Checkliste potenziell EU-rechtswidriger Normen des deutschen direkten Steuerrechts, DB, Beilage 01 zu Heft Nr. 05, 3 februari 2017, blz. 29.

¹³⁵⁴ Uit onder meer hoofdstuk 9.3.1 blijkt dat de discussie rondom vernieuwing van de *Organschaft* leer in Duitsland de laatste decenia sterk is toegenomen. Tekenend vind ik de opmerking van Montag die aangeeft dat het *Organschaft*recht punctueel massief werd aangescherpt, zonder dat conceptueel voorwaartse stappen te herkennen waren. Montag in Tipke/Lang, Steuerrecht Tipke/Lang²², Steuerrecht, §14, Rz. 28.

¹³⁵⁵ Vergelijk U. Prinz/S.Witt, Steuerliche Organschaft, Otto Schmidt Verlag, 2015, Rn. 1.50.

¹³⁵⁶ Zie hierover ook Desens in Hermann/Heuer/Raupach, Einf. KSt, Anm.157 die het heeft over een “*mangelde Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht*”.

waaronder ook stichtingen en verenigingen) als *Organträger* op te treden. Een regime waarbij het mogelijk is dat alle personen of lichamen die een economische eenheid vormen als één geheel worden belast, is mijns inziens principieel juist als de economische werkelijkheid als uitgangspunt wordt genomen. De rechtsvormneutraliteit die Duitsland hier hanteert, zou voor Nederland wel een inspiratie kunnen zijn, omdat dit beter scoort ten aanzien van zowel de fiscaal-juridische toets als ook de fiscaal-beleidsanalytische toets. Concreet betekent dat mijns inziens dat ieder lichaam dat vennootschapsbelastingplichtig is (dus ook een open CV, of een stichting of vereniging voor zover een onderneming wordt gedreven) in een fiscale eenheid kan worden opgenomen. Het opnemen van personenvennootschappen zal in Nederland een stuk lastiger uitvoerbaar zijn, vanwege de opgaan-in-gedachte die Nederland wel hanteert en Duitsland niet.

Ik ben van mening dat het niet aanbevelenswaardig is een verplichting in te voeren tot het afsluiten van een civielrechtelijke overeenkomst (zoals het *Gewinnabführungsvertrag* in Duitsland) voor de totstandkoming van een fiscale eenheid. Dit aspect is en wordt in Duitsland hevig bekritiseerd (zie hoofdstuk 9.3.3.1.1) op naar mijn mening terechte gronden. Invoering daarvan zou er toe leiden dat er in mindere mate wordt voldaan aan met name de fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader (mijns inziens een buitenproportionele last voor de belastingplichtige en de regeling is praktisch gezien moeilijk uitvoerbaar).

Ook als de plannen van de Europese Commissie ten aanzien van invoering van een CCCTB regime in ogeschouw worden genomen (zie hoofdstuk 2.7.4.1 en 9.2.7.2), is het mijns inziens niet aanbevelenswaardig om vanuit dat oogpunt (de internationale/Europese fiscale ontwikkelingentoets uit mijn toetsingskader) het *Organschaft* concept over te nemen. Integendeel, het valt mij op dat het CCCTB voorstel meer gelijkenissen met ons fiscale eenheidsregime vertoont dan met de Duitse *Organschaft*.¹³⁵⁷ De gedachte om fiscale resultaten te consolideren, ligt dicht bij de fiscale eenheid dan bij de *Organschaft* en daaruit voortvloeiend zal vanuit Duits oogpunt ook nieuw zijn dat via een fiscale groep intercompany transacties en interne reorganisaties fiscaal neutraal kunnen verlopen. Bovendien zal de invoering van een CCCTB in Duitsland een veel grotere impact hebben vanwege de civielrechtelijke consequenties die in Duitsland (en niet bij de CCCTB) worden verbonden aan het fiscale figuur van de *Organschaft*.

Hoe moet het fiscale eenheidsregime er dan wel uit komen te zien in de toekomst? Naar aanleiding van de uitspraak van het Europese Hof van Justitie over de per-element-benadering is duidelijk geworden dat het Nederlandse fiscale eenheidsregime in de toekomst gewijzigd zal worden. Zoals ik in hoofdstuk 9.2.7 al nader uiteen heb gezet, ben ik er gezien het doel en de strekking van de fiscale eenheid voorstander van het huidige fiscale eenheidsregime (met de opgaan-in-gedachte) zoveel mogelijk in tact te laten. Mijns inziens zou bijvoorbeeld de spoedreparatiewetgeving omgezet kunnen worden in definitieve wetgeving. Weliswaar betekent dit een versoering van het huidige fiscale eenheidsregime, maar de impact daarvan blijft volgens mij voor veruit de meeste bestaande fiscale eenheden gering. Ik denk namelijk dat die bestaande fiscale eenheden niet of nauwelijks last hebben van toepassing van de artikelen 10a, art. 13 lid 9 t/m 15 en lid 17, art. 13l en art. 20a Wet VPB 1969 nu de opgaan-in-gedachte voor die bepalingen niet meer geldt.¹³⁵⁸

Uit de brief van 20 maart 2018 blijkt dat het kabinet een grensoverschrijdende fiscale eenheid (met objectvrijstelling) geen reële optie vindt. De staatssecretaris geeft aan dat het voor de hand ligt bij de uitwerking van een toekomstbestendig alternatief aan te sluiten bij bestaande concernregelingen in andere landen (vergelijk de internationale/Europese fiscale ontwikkelingentoets uit mijn toetsingskader). Desondanks ben ik van mening dat het invoeren van een grensoverschrijdende fiscale eenheidsregime wel degelijk een goed alternatief is. Het doel van en de gedachte achter de fiscale eenheid houdt immers niet op bij de landgrenzen. Een grensoverschrijdende fiscale

¹³⁵⁷ Dit impliceert mijns inziens overigens niet dat de impact in Nederland gering zal zijn bij een eventuele invoering van een CCCTB, aangezien een invoering betekent dat consolidatie grensoverschrijdend kan worden toegepast.

¹³⁵⁸ In gelijke zin de staatssecretaris in de brief van 201 februari 2017, kenmerk 2017-0000238835, blz. 6 en het commentaar van F. van Horzen, Nederlandse weigering aftrek van rente in strijd met vrijheid van vestiging, NTFR 2018/563.

eenheidsregime zou vormgegeven kunnen worden door de door Smit voorgestelde beperkte variant, waarbij alleen voor die elementen waar het EU-recht tot per-element benadering verplicht een grensoverschrijdende regime aan de orde komt.¹³⁵⁹ Een grensoverschrijdend fiscale eenheidsregime zou ook vormgegeven kunnen worden door een (onbeperkte) regime zoals bijvoorbeeld Kok en De Vries hebben voorgesteld.¹³⁶⁰ In beide gevallen blijft namelijk de opgaan-in-gedachte behouden. Een grensoverschrijdende fiscale eenheid zal wat dat betreft dus beter voldoen aan de fiscaal-beleidsanalytische toets. Ook wordt mijns inziens ook bij een grensoverschrijdende fiscale eenheid recht gedaan aan de internationale/Europese fiscale ontwikkelingentoets uit mijn toetsingskader, omdat een grensoverschrijdende fiscale eenheid past bij het idee van een CCCTB en het fiscale vestigingsklimaat in Nederland in ogenschouw wordt genomen. Wel zal er uiteraard rekening gehouden moeten worden met de door onder andere Ruijschop¹³⁶¹ aangehaalde politieke en uitvoertechnische problemen bij een grensoverschrijdende fiscale eenheid. Een grensoverschrijdende fiscale eenheid scoort op dit punt wat dat betreft slecht ten aanzien van de fiscaal-wetstechnische toets uit mijn toetsingskader.¹³⁶²

9.4.2 Schematisch overzicht huidige overeenkomsten en verschillen

	Nederland	Duitsland
Historische ontwikkeling	Opgaan-in-gedachte	Toerekening gedachte
Ratio	Het belasten van een economische eenheid	Het belasten van een economische eenheid
Voorwaarden		
Totstandkoming	Op verzoek en bij afgegeven (voor bezwaar vatbare) beschikking	Het sluiten van een Gewinnabführungsvertrag en inschrijving daarvan in het Handelsregister
Bezitseis	≥ 95% gehele juridische en economisch eigendom.	≥ 50% stemrechten
Gelijklopende boekjaren	Ja	Nee
Hetzelfde fiscale regime	Ja	Nee
Rechtsvormen moedermaatschappij (Organträger)	NV, BV, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij of buitenlandse look alike.	Alle onbeperkt belastingplichtigen voor de EStG of KStG die materiele onderneming drijven. Organträger kan zowel persoon als lichaam zijn.
Rechtsvormen dochtermaatschappij (Organgesellschaft)	NV, BV of buitenlandse look alike	Kapitaalvennootschap (AG, GmbH, KG auf Aktien)
Vestigingsplaatsseis	In Nederland gevestigd (ofwel het lichaam zelf, ofwel vaste inrichting van een buitenlands lichaam). Fiscale eenheid ook mogelijk indien binnenlandse lichamen of vaste inrichtingen (middellijk) gehouden worden door een in de EU / EER gevestigde top - of tussenmaatschappij.	In Duitsland gevestigd (Als Organträger is Duitse vaste inrichting mogelijk, als Organgesellschaft moet feitelijke leiding in Duitsland zijn en zetel in EU/EER lidstaat).
Non-voorraadeis	Ja	Nee
Civilrechtelijke overeenkomst	Nee	Ja, Gewinnabführungsvertrag
Tijdsduur	Minstens één jaar	Minstens 5 jaar (tenzij "belangrijke reden")

¹³⁵⁹ D.S. Smit, Kwade Wolk boven het fiscale eenheidsregime: valt het tij nog te keren? MBB 2018/1, paragraaf 5.

¹³⁶⁰ Q.W.J.C.H. Kok / R.J. de Vries, Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, WFR 2018/37

¹³⁶¹ M.H.C. Ruijschop, Brief Tweede Kamer invoering enkele spoedmaatregelen inzake de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, NTFR 2018/552

¹³⁶² Het zelf verder uitwerken van een blauwdruk van een toekomstig fiscale eenheidsregime gaat het bestek van mijn onderzoek te buiten.

Grensoverschrijdende aspecten		
Grensoverschrijdende fiscale eenheid mogelijk?	Nee	Nee
Voldoet aan Papillion/SCA Holding Group arrest?	Ja	Twijfelachtig, in literatuur wordt dit bediscussieerd.
Voldoet aan Groupe Steria?	Nee, zie EU HvJ C-398/16 en C-399/16	Waarschijnlijk niet
Gevolgen		
Commercieel	Geen	Ja, volledige toerekening van de winst van de Organgesellschaft aan de Organträger of de aanzuivering door de Organträger van het verlies van de Organgesellschaft. Ausgleichzahlungen aan minderheidsaandeelhouders
Fiscaal	Ja, belastingheffing alsof er sprake is van één belastingplichtige. Moedermaatschappij doet aangifte. Geen zelfstandige belastingplicht voor dochtermaatschappij	Ja, volledige toerekening van de winst van de Organgesellschaft aan de Organträger of de aanzuivering door de Organträger van het verlies van de Organgesellschaft. Ausgleichzahlungen aan minderheidsaandeelhouders. Beide vennootschappen blijven zelfstandig belastingplichtig.
Bij het aangaan	Entreeheffingen vanwege de opgaan-in-gedachte.	Geen
Tijdens het bestaan	Interne reorganisaties en intercompany transacties zonder belastingheffing mogelijk	Interne reorganisaties en intercompany transacties niet zonder belastingheffing mogelijk.
	Door het aangaan van een fiscale eenheid kan er een voordeel ontstaan voor binnenlandse deelnemingen ten opzichte van buitenlandse deelnemingen bijv. ten aanzien van renteaftrekbeperkingen of verliesverrekeningsbepalingen	Door het aangaan van een Organschaft kan er een voordeel ontstaan voor binnenlandse deelnemingen ten opzichte van buitenlandse deelnemingen bijv. ten aanzien van dividenden die anders voor 5% belast zouden zijn of ten aanzien van renteaftrekbeperkingen.
Bij beëindiging	Exitheffingen vanwege de opgaan-in-gedachte.	Geen, tenzij beëindiging binnen vijf jaar en geen bijzondere reden.
Verliesverrekening		
Voorvoegingsverliezen verrekenbaar?	Bij de moedermaatschappij voor zover de fiscale eenheid een winst heeft en de moedermaatschappij zelf een winst heeft. Bij de dochtermaatschappij geldt hetzelfde.	Bij de Organträger voor zover de Organschaft een winst heeft. Bij de Organgesellschaft niet mogelijk (worden bevroren tot beëindiging Organschaft).
Voorvoegingswinsten verrekenbaar?	Bij de moedermaatschappij voor zover de fiscale eenheid een winst heeft en de moedermaatschappij zelf een winst heeft. Bij de dochtermaatschappij geldt hetzelfde.	Bij de Organträger voor zover de Organschaft een verlies heeft. Bij de Organgesellschaft niet mogelijk.
Fiscale eenheid verliezen, respectievelijk Organschaftverliezen bij beëindiging	Gaan in beginsel met de moedermaatschappij mee. Op verzoek kan al het verlies aan de dochtermaatschappij worden meegegeven (alles of niets benadering)	Gaan met de Organträger mee.
Fiscale eenheid winsten, Respectievelijk Organschaftwinsten bij beëindiging		Allen de Organträger kan een verlies geleden na beëindiging van de Organschaft verrekenen met een Organschaftswinst.

10 Reorganisatiefaciliteiten (fusie en splitsing)

10.1 Inleiding

Zowel op de nationale als op een globaliserende markt komt het geregeld voor dat een reorganisaties¹³⁶³ wenselijk zijn.¹³⁶⁴ Een onderneming kan expanderen of inkrimpen en samenwerkingsvormen kunnen ontstaan of juist worden beëindigd. Naast bedrijfseconomische en civielrechtelijke gevolgen kan een herstructurering ook fiscale gevolgen hebben. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de mijns inziens in Nederland meest voorkomende herstructureringen en bijbehorende fiscale faciliteiten. Ik heb de keuze gemaakt om de regels rondom wat in Nederland verstaan wordt onder de aandelenfusie¹³⁶⁵, bedrijfsfusie¹³⁶⁶, juridische fusie¹³⁶⁷ en juridische splitsing¹³⁶⁸ te onderzoeken en te vergelijken met Duitse equivalenten. Ik zal met name aandacht besteden aan de bij de fusie en splitsing betrokken rechtspersonen en aandeelhouders. De positie en gevolgen voor bijvoorbeeld schuldeisers worden verder niet besproken. Op andere herstructureringsmogelijkheden (bijvoorbeeld de omzetting van rechtspersonen, art. 28a Wet VPB 1969) en fiscale gevolgen zal ik slechts ingaan als daartoe aanleiding bestaat.

In hoofdstuk 10.2 behandel ik de Nederlandse regels rondom fusie en splitsing, beginnend in hoofdstuk 10.2.1 met een korte weergave van de huidige wettelijke structuur en vervolgens in 10.2.2 en 10.2.3 een uiteenzetting van de historie en ratio van de genoemde fusie en splitsingsvarianten. De huidige voorwaarden voor het kunnen toepassen van de fusie - en splitsingsfaciliteiten en hun reikwijdte geef ik weer in hoofdstuk 10.2.4. In hoofdstuk 10.2.5 ga ik in op de mijns inziens meest relevante huidige discussiepunten in Nederland ten aanzien van de reorganisatiefaciliteiten, namelijk de overeenstemming van de Nederlandse wettekst rondom fusies en splitsingen met de Fusierichtlijntekst; de manier waarop de fiscale claim wordt gehandhaafd en of een op Duitse leest geschoeide reorganisatiewetgeving iets voor Nederland is.

Deze discussiepunten analyseer ik in het licht van mijn in hoofdstuk 1.3.2.4 opgestelde toetsingskader.

In hoofdstuk 10.3 behandel ik de Duitse regels rondom reorganisatiebepalingen, waarbij ik in beginsel eenzelfde paragraafindeling zal aanhouden. Het is op zich al interessant te onderzoeken hoe Duitsland met fusies en splitsingen omgaat, omdat Duitsland een andere wettelijke structuur omtrent reorganisaties (*Umwandlungen*) kent. In Duitsland zijn namelijk in één wet, het *Umwandlungsgesetz* (*UmwG*) de civielrechtelijke gevolgen van fusies, splitsingen, vermogensoverdrachten en rechtsvormwijzigingen bijeengebracht. Daarnaast zijn ook alle fiscale bepalingen met betrekking tot deze reorganisatievormen verzameld in één wet, het *Umwandlungssteuergesetz* (*UmwstG*). Ik begin in hoofdstuk 10.3.1 eerst met een korte beschrijving van deze structuur en in 10.3.2 en 10.3.3 ga ik vervolgens verder met een weergave van de historie en ratio van deze wetten en bepalingen rondom fusie en splitsing. In hoofdstuk 10.3.4 behandel ik de voorwaarden en reikwijdte van deze fusie - en splitsingsvormen in Duitsland. Het onderzoek naar de systematiek en invulling van de Duitse regels omtrent reorganisatie heeft als doel om een analyse te kunnen maken hoe Duitsland met de in hoofdstuk 10.2.5 benoemde (Nederlandse) discussiepunten omgaat en of aldaar rechtsregels of ontwikkelingen ten aanzien van deze discussiepunten aanbevelenswaardig voor Nederland zouden kunnen zijn. Dit toets ik wederom aan de hand van mijn toetsingskader uit hoofdstuk 1.3.2.4.

¹³⁶³ Ik zal in mijn onderzoek de term "reorganisatie" en "herstructurering" door elkaar gebruiken. Mijns inziens is er materieel economisch gezien geen relevant onderscheid tussen beide begrippen.

¹³⁶⁴ Voor een overzicht van bedrijfseconomische gronden om te reorganiseren verwijs ik naar Klingebiel/Patt/Rasche/Krause, *Umwandlungssteuerrecht*, Schäffer-Poeschel Verlag Stuttgart, 3^e Auflage, blz. 6, 7, 8.

¹³⁶⁵ Een aandelenfusie (ook wel aandelenruil genoemd) is een overdracht van aandelen tegen uitreiking van nieuwe aandelen.

¹³⁶⁶ Bij een bedrijfsfusie draagt de ene vennootschap een (zelfstandig onderdeel van de) onderneming over aan een andere vennootschap tegen uitreiking van aandelen.

¹³⁶⁷ Bij een juridische fusie gaat vermogen onder algemene titel over van de fuserende vennootschap naar een bestaande of nieuwe opgerichte vennootschap.

¹³⁶⁸ Bij een juridische zuivere splitsing, of afsplitsing gaat vermogen onder algemene titel over van de splitsende vennootschap naar één of meer verkrijgende vennootschappen.

In dit hoofdstuk wordt niet ingaan op de samenloop van de reorganisatiebepalingen met andere regelingen (bijvoorbeeld de fiscale eenheid, of deelnemingsvrijstelling) in de vennootschapsbelasting, respectievelijk *Körperschaftsteuer*. Bij de toepassing van de reorganisatiefaciliteiten is niet alleen het Nederlandse en/of Duitse nationaal recht van belang. Zo mogelijk nog belangrijker is de overeenstemming op 23 juli 1990 van de Europese lidstaten over een Europese Fusierichtlijn (EG-Richtlijn 90/434/EEG). Vandaar dat ik hieronder in het kort de historie en ratio van de Fusierichtlijn weergeef.

10.1.1 *Fusierichtlijn*¹³⁶⁹

De Fusierichtlijn verplicht de lidstaten in hun wetgeving faciliteiten op te nemen in geval van fusies, splitsingen, inbreng van activa of aandelenruil¹³⁷⁰, waarbij vennootschappen uit twee of meer lidstaten zijn betrokken. Blijkens de Preambule van de Fusierichtlijn is het uitgangspunt het tot stand brengen van een fiscale faciliteit voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil van vennootschappen in verschillende lidstaten van de EU, met dien verstande dat de financiële belangen van de lidstaat alwaar de verworven vennootschap is gevestigd, moeten worden veiliggesteld. De gedachte achter de faciliteit is dat ondernemingen binnen de EU in staat worden gesteld zich zonder fiscale belemmeringen binnen de EU te hergroeperen teneinde zich aan te passen aan de eisen van de gemeenschappelijke markt. Bij Richtlijn 2005/19/EG van 17 februari 2005 is de Fusierichtlijn op diverse punten aangepast. Het toepassingsbereik van de Richtlijn is uitgebreid tot gedeeltelijke splitsingen en tot verplaatsingen van de statutaire zetel van een Europese vennootschap en een Europese coöperatieve vennootschap van een lidstaat naar een andere lidstaat. Daarnaast zijn specifieke bepalingen ingevoerd voor situaties waarin een lidstaat een vennootschap of (een) deelgerechtigde(n) in een vennootschap als transparant aanmerkt en het aantal van de in de bijlage bij de Richtlijn genoemde kwalificerende rechtsvormen van vennootschappen werd uitgebreid. De Richtlijn is op 19 oktober 2009 vervangen door een nieuwe gecodificeerde versie, Richtlijn 2009/133/EG van 19 oktober 2009. Er zijn geen inhoudelijke wijzigingen aangebracht bij de codificatie. Op 13 mei 2013 is de bijlage bij de Fusierichtlijn aangepast in verband met de toetreding van de republiek Kroatië tot de EU (Richtlijn 2013/13/EU van 13 mei 2013).

In dit hoofdstuk zal op hoofdlijnen duidelijk worden of en op welke wijze beide landen hun wetgeving in overeenstemming hebben gebracht met de Fusierichtlijn. Een integrale toetsing of de Nederlands en Duitse nationale wetgeving wel geheel voldoet aan de Fusierichtlijn, of een toetsing van de (bedoeling van de) Fusierichtlijn als zodanig valt buiten het bestek van mijn onderzoek.¹³⁷¹ Ook ga ik verder niet in op de grensoverschrijdende fusie en splitsingsmogelijkheden, maar vergelijk ik de fiscale gevolgen van fusie en splitsingsmogelijkheden binnen Nederland, respectievelijk Duitsland. Wel merk ik op dat zowel in Nederland als in Duitsland fiscaalrechtelijk (begeleiding bij) grensoverschrijdende fusies en splitsingen mogelijk zijn, met als belangrijkste voorwaarde dat er een latere heffing in het desbetreffende land verzekerd moet zijn.¹³⁷² Is dat niet het geval, dan moet in

¹³⁶⁹ Voor een historische uiteenzetting van de Fusierichtlijn zie ook *Cursus Belastingrecht* onderdeel IB 3.2.26.B.a1 en onderdeel Europees Belastingrecht 7.2.8.

¹³⁷⁰ In artikel 2 van de huidige Fusierichtlijn staan de definities van deze fusie en splitsingsvormen.

¹³⁷¹ Zie daarvoor G.F. Boulogne, *Shortcomings in the EU Merger Directive*, Kluwer Law International 2016 en G.F. Boulogne, *Lessen uit de EU-Fusierichtlijn*, NTFR-B 2016/11. De auteur constateert in laatstgenoemd artikel zes tekortkomingen van de Fusierichtlijn, namelijk, (i) het doel van de Fusierichtlijn is onscherp geformuleerd, (ii) minimumharmonisatie leidt niet tot de beoogde gemeenschappelijke fiscale regeling, (iii) uitputtende lijsten worden gehanteerd als wetgevingstechniek, (iv) de richtlijn voegt weinig toe aan de uitkomst onder de fundamentele vrijheden v. de definities van kwalificerende reorganisaties onder de Fusierichtlijn komen niet volledig overeen met die onder het civiele recht en (vi) de Fusierichtlijn zwijgt over de formele eisen die lidstaten mogen stellen.

¹³⁷² In Nederland blijkt dat uit de parlementaire toelichting (zie hoofdstuk 10.2.2). In Duitsland blijkt dat uit o.a. §1 UmwStG. Daar staat dat voor zover bij een reorganisatie een lichaam of personenvennootschap is betrokken die naar EU/EER is opgericht en de zetel of feitelijke leiding in de EU/EER is gelegen, het UmwStG ook van

beide landen worden afgerekend. In Nederland wordt de claim (op grond van het National Grid Indus arrest¹³⁷³) gehandhaafd door middel van het opleggen van een conserverende aanslag. In Duitsland moet direct worden afgerekend (zonder mogelijkheid van een conserverende aanslag). Dit laatste lijkt in strijd met Europees recht en wordt in Duitsland dan ook bekritiseerd.¹³⁷⁴

10.2 Nederland

10.2.1 Structuur; geen reorganisatiewet

Op hoofdlijnen kan in Nederland een onderscheid worden gemaakt tussen juridische en economische fusie-, respectievelijk splitsingsmogelijkheden. Een juridische fusie (of splitsing) heeft een civielrechtelijke achtergrond; er verdwijnt (of ontstaat) altijd minstens één vennootschap. Een economische fusie heeft geen civielrechtelijke achtergrond en alle huidige vennootschappen blijven bestaan. Voorbeelden van economische fusie- en splitsingsvormen zijn de aandelenfusie, bedrijfsfusie, en ook de in hoofdstuk 9 besproken fiscale eenheid wordt wel gezien als een economische fusie.

In Nederland zijn de civielrechtelijke gevolgen van een juridische fusie of splitsing te vinden in titel 7 van het Burgerlijk Wetboek. Civielrechtelijk is het in beginsel alleen mogelijk dat rechtspersonen fuseren met rechtspersonen die dezelfde rechtsvorm hebben.¹³⁷⁵ Een fusie tussen een personenvennootschap en een rechtspersoon is niet mogelijk.¹³⁷⁶ Ook is het civielrechtelijk niet mogelijk dat vermogen (onder algemene titel) wordt overgedragen van een rechtspersoon naar een personenvennootschap of natuurlijk persoon (of andersom).¹³⁷⁷

De fiscale gevolgen van fusies en splitsingen, waaronder ook de economische fusievormen (aandelenfusie en bedrijfsfusie), zijn verdeeld over verschillende fiscale heffingswetten. De gevolgen voor de aandeelhouders-natuurlijk personen zijn geregeld in de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 en voor de aandeelhouders-lichamen in de Wet VPB 1969. De gevolgen voor de fuserende of splitsende lichamen zelf zijn ook geregeld in de Wet VPB 1969. Bij reorganisaties kunnen er naast gevolgen voor de inkomsten- of vennootschapsbelasting ook gevolgen zijn voor de loonbelasting, dividendbelasting, btw, successiebelasting, schenkingsrecht of overdrachtsbelasting, afhankelijk van de betrokkenen en de feiten en omstandigheden. De bepalingen rondom deze andere fiscale gevolgen (waar ik in mijn onderzoek verder niet op inga) zijn in de van toepassing zijnde afzonderlijke wetten te vinden.

Naast de fiscale wettelijke bepalingen zijn de beleidsbesluiten over de bedrijfsfusie, juridische fusie, juridische zuivere splitsing en juridische afsplitsing, waarin goedkeuringen, standpunten en standaardvoorwaarden zijn opgenomen, van belang voor de praktijk. De fiscale bepalingen en de besluiten worden nader toegelicht in hoofdstuk 10.2.4.

toepassing is als de reorganisatie naar buitenlands recht vergelijkbaar is met de Duitse reorganisatiebepalingen.

¹³⁷³ HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), BNB 2012/40.

¹³⁷⁴ Zie bijvoorbeeld Montag in Tipke/Lang, Steuerrecht Tipke/Lang²², Steuerrecht, §14, Rz. 44; Rödder in Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, 2. Aufl. §§20 UmwStG, Rz. 165d en Linn, Das EuGH-Urteil in der Rs. DMC und der Vorlagebeschluss des FG Düsseldorf – Ende der Diskussionen um die Wegzugssteuer? IStR 2014, blz.136.

¹³⁷⁵ Er is een drietal uitzonderingen, waaronder dat NV's met BV's kunnen fuseren. Zie voor de uitzonderingen art. 2:310 lid 3 en lid 4 BW. Een fusie tussen de verschillende rechtspersonen dient nu plaats te vinden door voorafgaande omzetting van één van de twee rechtspersonen.

¹³⁷⁶ Dat geldt ook voor fusie en splitsing tussen personenvennootschappen zelf. Er is een initiatief van een werkgroep modernisering personenvennootschappen die een suggestie hebben gedaan om omzetting, fusie en splitsing van de maatschap, vof en CV (civielrechtelijke) mogelijk te maken. Zie Rapport Werkgroep Personenvennootschappen, 26 september 2016, paragraaf 9.5.

¹³⁷⁷ Dit blijkt uit art. 3:80 BW. In gelijke zin E.R. Roelofs, Grensoverschrijdende juridische splitsing kapitaalvennootschappen (VDHI nr. 122) 2014/1.6.2.2.

10.2.2 Historische ontwikkeling

Niet iedere reorganisatievorm kent dezelfde historische ontwikkeling en derhalve schets ik van iedere fusie- of splitsingsvorm afzonderlijk de historische ontwikkeling. Wel hebben alle reorganisatievormen gemeen dat zij vanaf 1990 in overeenstemming moeten zijn met de bepalingen uit de Europese Fusierichtlijn die dan ook als een rode draad door de verschillende reorganisatievormen loopt. De in hoofdstuk 10.1.1 besproken Fusierichtlijn heeft in beginsel alleen werking ten aanzien van grensoverschrijdende fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil.¹³⁷⁸ Ten aanzien van de aandelenfusie en bedrijfsfusie gaf de wetgever echter van begin af aan te kennen dat de uitleg van de Richtlijn ook van toepassing is op zuiver nationale aandelenfusies en bedrijfsfusies. Per 1 januari 2001 bestaat er ook geen onderscheid meer tussen zuiver nationaalrechtelijke en grensoverschrijdende juridische fusies en splitsingen die onder het bereik van de Fusierichtlijn vallen.¹³⁷⁹ Bij de belastingherziening 2001 gaf de staatssecretaris onder meer aan dat de bepalingen in lijn werden gebracht met de Fusierichtlijn. Kortom, de Fusierichtlijn is de facto zowel van toepassing op zuiver nationaalrechtelijke - als grensoverschrijdende fusies en splitsingen en de Nederlandse regels omtrent aandelenfusie (vanaf 1992), bedrijfsfusie (vanaf 1992), juridische fusie (vanaf 2001) en splitsing (vanaf 2001) moeten in lijn zijn met de bepalingen uit de Fusierichtlijn.

Een ander punt dat alle reorganisatievormen gemeen hebben is dat er als hoofdregel bij een aandelenfusie, bedrijfsfusie, juridische fusie of splitsing (fictief) een belastbaar feit ontstaat. Dit betekent dat in beginsel bij de overdracht, of overgang door middel van een fusie of splitsing afgerekend moet worden over de fiscale meerwaarden van hetgeen wordt overgedragen. Hieronder zal ik ingaan op de wetshistorie betreffende de faciliteit van de genoemde reorganisatievormen. De faciliteit houdt in dat nog niet hoeft te worden afgerekend over de fiscale meerwaarden als aan de voorwaarden voor de faciliteit wordt voldaan.

10.2.2.1 Aandelenfusie

In het Besluit IB 1941 (art. 21a) werd een bepaling ingevoerd voor aanmerkelijk belanghouders die het mogelijk maakte de bij een aandelenfusie ontstane fiscale claim door te schuiven naar de verworven aandelen. Een wettelijke faciliteit voor aandeelhouders-ondernemers en onder de vennootschapsbelasting vallende aandeelhouders-lichamen werd niet nodig geacht.¹³⁸⁰ De wetgever heeft voor het eerst een aandelenfusiefaciliteit geregeld bij de Wet van 24 december 1959.¹³⁸¹ De aandelenfusiefaciliteit werd lange tijd gekenmerkt door twee eisen, namelijk de zogenoemde materiële fusie eis en de duurzaamheidseis. Dit hield in dat de faciliteit alleen kon worden toegepast als sprake was van een materiële onderneming die duurzaam gebundeld werd tot een in financieel en economisch opzicht grotere eenheid. De door de lidstaten op 23 juli 1990 aangenomen Fusierichtlijn werd in Nederland geïmplementeerd door middel van de Wet van 10 september 1992.¹³⁸² In de parlementaire toelichting werd aangegeven dat de implementatie voornamelijk een technische aanpassing behelsde van de reeds bestaande regelingen.¹³⁸³ De aandelenfusiefaciliteit kreeg toen voor het eerst ook voor aandeelhouders-ondernemers en lichamen een eigen plaats in de wet, namelijk art. 14b Wet IB 1964. De materiële fusie eis bleef in eerste instantie bestaan, maar na het

¹³⁷⁸ Fiscaalrechtelijk kon de fiscale begeleiding van een grensoverschrijdende fusie en splitsing dan wel geregeld zijn, civielrechtelijk is dit pas mogelijk door de op 26 oktober 2005 vastgestelde Tiende Richtlijn (Richtlijn 2005/56/EG betreffende grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen).

¹³⁷⁹ Zie ook Cursus Belastingrecht, onderdeel Vpb. 2.7.O.G. Bij de parlementaire behandeling ten aanzien van zuiver nationale fusies en splitsingen in 1998 gaf de wetgever in eerste instantie te kennen dat de regeling geheel los stond van de Fusierichtlijn en dat voor zuiver interne situaties de Fusierichtlijn niet van toepassing was. Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 1997-1998, 25 709 , A, blz. 2 en Kamerstukken II 1997-1998, 25 709, nr. 5 , blz. 4.

¹³⁸⁰ Zie hieromtrent J. Verburg, Vennootschapsbelasting, Fiscale Handboeken nr. 4, 2^e druk, Kluwer, 2000, paragraaf 14.1.1.

¹³⁸¹ Wet van 24 december 1959, Stb. 499.

¹³⁸² Wet van 10 september 1992, Stb. 491.

¹³⁸³ Kamerstukken II, 1991-1992, 22 338, nr. 3, blz.1.

Leur-Bloem arrest van het Europese Hof van Justitie¹³⁸⁴ in 1997 werd deze door de wetgever niet meer als voorwaarde gesteld. Het HvJ EU achtte de materiële fusie eis strijdig met de Richtlijn en besliste dat de bij de Richtlijn ingevoerde regeling zonder onderscheid van toepassing is op elke fusie, splitsing, inbreng van activa en aandelenruil ongeacht om welke redenen deze plaatsvindt en of deze van financiële, economische of zuiver fiscale aard is. Het Leur-Bloem arrest was voor de wetgever aanleiding om de wettelijke regelingen voor de aandelenfusie (en ook de bedrijfsfusie) in 2001 te herzien.¹³⁸⁵ Tegelijkertijd werden tevens alle in de Nederlandse wet geldende antimisbruikbepalingen voor toepassing van aandelenfusie, bedrijfsfusie, juridische fusie en splitsing zoveel mogelijk gestroomlijnd. Daarmee werd getracht een betere aansluiting te vinden bij de bepalingen uit de Fusierichtlijn. De voorwaarden voor toepassing van de aandelenfusiefaciliteit zijn vanaf 2001 in art. 3.55 Wet IB 2001 opgenomen, die via de schakelbepaling art. 8 lid 1 Wet VPB 1969 ook geldt voor de vennootschapsbelasting. De huidige regels omtrent de aandelenfusie worden verder besproken in hoofdstuk 10.2.4.1.

10.2.2.2 Bedrijfsfusie¹³⁸⁶

De wetgever heeft voor het eerst een bedrijfsfusiefaciliteit geregeld in het Besluit VPB 1942 (art. 18 lid 2). Deze bepaling hield in dat er bij de overdracht van alle vermogensbestanddelen van een NV aan een andere NV niet hoefde te worden afgerekend als de tegenprestatie bestond in de toekenning van aandelen in de overnemende vennootschap en latere heffing van vennootschapsbelasting verzekerd was. In de praktijk werd er volgens de parlementaire toelichting bij de Wet VPB 1969 weinig gebruikt gemaakt van de regeling, omdat de meeste fusies aandelenfusies zouden zijn en omdat er een gebrek aan duidelijkheid rondom de bedrijfsfusieregeling zou bestaan.¹³⁸⁷ Toch werd de regeling niet afgeschaft.

Bij de invoering van de Wet VPB 1969 werd in artikel 14 voor het eerst een tweedeling aangebracht. Aan de ene kant vloeide de aanspraak op de geruisloze overdracht van een onderneming voor de door de wetgever gewenste gevallen voort uit de wet en aan de andere kant werd de aanspraak op de geruisloze overdracht voor bepaalde gevallen alleen mogelijk na het stellen van (ministeriële) voorwaarden.

Verburg merkt op dat de wetgever geen aanleiding heeft gevonden de wettelijke terminologie aan die van de in 1992 geïmplementeerde Fusierichtlijn aan te passen. In art. 14 Wet VPB 1969 werden de begrippen "overdragen" en "(zelfstandig onderdeel van de) onderneming" niet vervangen door de in de Richtlijn gebruikte begrippen "inbreng van activa" en "tak van bedrijvigheid".¹³⁸⁸ De wetgever was van mening dat de begrippen in overeenstemming met elkaar waren.¹³⁸⁹ Het in hoofdstuk 10.2.1.2 beschreven Leur-Bloem arrest was voor de wetgever aanleiding om de wettelijke regelingen voor de bedrijfsfusie (en ook de aandelenfusie) bij de belastingherziening 2001 te herzien. Tegelijkertijd werden tevens alle in de Nederlandse wet geldende antimisbruikbepalingen voor toepassing van aandelenfusie, bedrijfsfusie, juridische fusie en splitsing zoveel mogelijk gestroomlijnd. Daarmee werd getracht een betere aansluiting te vinden bij de bepalingen uit de

¹³⁸⁴ HvJ EU 17 juli 1997, nr. C-28/95 (Leur-Bloem), BNB 1998/32. Het arrest wordt als verrassend gezien omdat het in deze zaak louter om een nationale aandelenruil ging en het de vraag was of het Europese Hof van Justitie überhaupt wel bevoegd was het EU-recht toe te passen in deze zaak.

¹³⁸⁵ Kamerstukken II 1998/1999, 26727, nr. 3, blz. 8.

¹³⁸⁶ Voor een historische uiteenzetting van de bedrijfsfusiefaciliteit verwijs ik onder andere naar E. van den Brande-Boomsluiter, *De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting*, FM 110, Kluwer, 2004, hoofdstuk 2 en G.C. van der Burgt, *De bedrijfsfusie in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969*, Kluwer 2009, hoofdstuk 1.

¹³⁸⁷ Kamerstukken II, 1962-1963, 6000, nr. 9, blz. 26.

¹³⁸⁸ In art. 2, letter c Richtlijn is de faciliteit rondom inbreng van activa verwoord "als de rechtshandeling waarbij een vennootschap, zonder ontbonden te worden, haar gehele dan wel een of meer takken van haar bedrijvigheid inbrengt in een andere vennootschap, tegen verkrijging van bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de vennootschap welke de inbreng ontvangt."

¹³⁸⁹ Kamerstukken II, 1991-1992, 22338, nr. 3, blz. 13 en Kamerstukken II, 1991-1992, 22338, nr. 5, blz. 3.

Fusierichtlijn.¹³⁹⁰ De huidige regels omtrent de bedrijfsfusie worden verder besproken in hoofdstuk 10.2.3.2.

10.2.2.3 *Juridische fusie*

Een juridische fusie kent zowel een civielrechtelijke als een fiscale achtergrond. Civielrechtelijk zorgde de Derde Europese Richtlijn inzake het vennootschapsrecht¹³⁹¹ in Nederland in 1984 voor de introductie van de mogelijkheid om NV's en BV's juridisch te laten fuseren.¹³⁹² De door de lidstaten op 23 juli 1990 aangenomen Fusierichtlijn had tot gevolg dat er voor het eerst een fiscale bepaling rondom de fusie in de fiscale wet werd opgenomen. In art. 68a Wet IB 1964 en art. 29a Wet VPB 1969 werd de Minister van Financiën bevoegd verklaard onder door hem te stellen voorwaarden de inspecteur te machtigen het bij een fusie behaalde voordeel (die bij fictie als belastbaar wordt aangemerkt) op verzoek buiten aanmerking te laten. In 1998 werd er voor het eerst meer inhoud gegeven aan de wettelijke fiscale fusieregels.¹³⁹³ Voor het eerst vloeiende het recht op de fusiefaciliteit rechtstreeks uit de wet voort. In 2001 werden bij de belastingherziening alle in de Nederlandse wet geldende antimisbruikbepalingen voor toepassing van aandelenfusie, bedrijfsfusie, juridische fusie en splitsing zoveel mogelijk gestroomlijnd. Daarmee werd getracht een betere aansluiting te vinden bij de bepalingen uit de Fusierichtlijn. De huidige regels omtrent de juridische fusie worden verder besproken in hoofdstuk 10.2.3.3.

10.2.2.4 *Juridische splitsing*

Een juridische splitsing kent zowel een civielrechtelijke als een fiscale achtergrond. Civielrechtelijk is de splitsing vanaf 1 februari 1998 mogelijk.¹³⁹⁴ De fiscale begeleiding werd een aantal maanden later dan de civielrechtelijke mogelijkheid ingevoerd.¹³⁹⁵ In 2001 werden bij de belastingherziening alle in de Nederlandse wet geldende antimisbruikbepalingen voor toepassing van aandelenfusie, bedrijfsfusie, juridische fusie en splitsing zoveel mogelijk gestroomlijnd. Daarmee werd getracht een betere aansluiting te vinden bij de bepalingen uit de Fusierichtlijn. De huidige regels omtrent de juridische splitsing worden verder besproken in hoofdstuk 10.2.3.3.

10.2.3 **Ratio**

Als hoofdregel geldt bij fusie en splitsing dat er (fictief) afgerekend moet worden over de fiscale meerwaarden van hetgeen is overgedragen. Deze fiscale afrekening kan worden uitgesteld door toepassing van een fusie, of splitsingsfaciliteit. Er is weinig discussie over de achtergrond (ratio) van de fusie en splitsingsfaciliteiten. De bewoordingen in de Preambule van de Fusierichtlijn (zie hoofdstuk 10.1.1) geven mijns inziens de kern goed weer; het tot stand brengen van een fiscale faciliteit voor reorganisaties van lichamen, met dien verstande dat de financiële belangen voor de overheid moeten worden veiliggesteld.

Verburg verwoordt de gedachte achter de faciliteiten door te stellen dat de fiscale wetgever begrip heeft getoond voor de problemen die zich in het bedrijfsleven kunnen voordoen in geval de noodzaak van concentratie en herstructurering zich aandient. Het fiscale regime mag er niet aan in de weg staan dat (bedrijfseconomisch) wenselijk geachte fusies totstandkomen. Dat zou het geval zijn als de voor de winstbepaling geldende regels onverkort toepassing zouden vinden en zouden leiden tot het

¹³⁹⁰ Kamerstukken II, 1998-1999, 26728, nr. 3, blz. 8.

¹³⁹¹ Derde Richtlijn inzake vennootschapsrecht van 9 oktober 1978, PbEG 20 oktober 1978, L 295.

¹³⁹² Wet van 19 januari 1983, Stb. 59. De Richtlijn werd ingevoerd als Titel 7, Boek 2 BW (art. 308-334).

¹³⁹³ Wet van 17 juni 1998, Stb 350.

¹³⁹⁴ Wet van 24 december 1997, Stb 776. Volledigheidshalve merk ik op dat op dit moment het civielrechtelijk niet mogelijk is om grensoverschrijdend te splitsen. De Minister van Veiligheid en Justitie heeft op 9 december 2016 een brief naar de Tweede Kamer gestuurd, waarin hij ingaat op de voortgang van de modernisering van het ondernemingsrecht (Brief Minister van Veiligheid en Justitie, 9 december 2016, kenmerk 2024822, V-N 2017/8.25). In de brief geeft hij onder meer aan dat hij wil onderzoeken of er aanleiding is om met een nationale regeling voor grensoverschrijdende splitsing te komen.

¹³⁹⁵ Wet van 24 juni 1998, Stb. 350.

afrekenen over de fiscale meerwaarden op een ongewenst tijdstip.¹³⁹⁶ Anders geformuleerd, belastingplichtigen zouden zonder doorschuiffaciliteiten in liquiditeitsproblemen kunnen komen, waarmee de continuïteit van een onderneming in gevaar kan komen. Te Niet geeft aan dat de wetgever de economische realiteit van de voortzettende onderneming zwaarder laat wegen dan de juridische noodzaak om af te rekenen over de aanwezige fiscale meerwaarden in de over te dragen onderneming.¹³⁹⁷ Enerzijds mag de totstandkoming van een fusie niet in gevaar worden gebracht door de aanwezigheid van knellende fiscale bepalingen. Anderzijds kan het de bedoeling niet zijn dat de fusie ertoe leidt dat fiscale claims in het niet verdwijnen.¹³⁹⁸ Ook in de parlementaire geschiedenis bij invoering van de juridische fusie en splitsingsfaciliteit is dit in soortgelijke bewoording weergegeven:¹³⁹⁹ *“Uitgangspunt voor een regeling inzake de fiscale begeleiding van de juridische splitsing en de juridische fusie dient te zijn dat een splitsing dan wel een fusie die is ingegeven door bedrijfseconomische overwegingen niet mag worden belemmerd door de fiscaliteit. Daarnaast dient te worden voorkomen dat bestaande fiscale claims als gevolg van een fusie of een splitsing verloren zouden gaan, waardoor de belastinggrondslag zou kunnen worden uitgehold.”* Net als bij het fiscale eenheidsregime wordt bij fusie en splitsing afgeweken van de juridische hoofdregel dat ieder subject zelfstandig belastingplichtig is en belast moet worden naar de totaalwinst. De economische beginselen, zoals het in hoofdstuk 9.2.2 reeds besproken welvaartsbeginsel en neutraliteitsbeginsel krijgen hier de voorkeur. Anders geformuleerd kan gesteld worden dat met de fiscale fusie en splitsingsfaciliteiten dynamische rechtsvormneutraliteit (zie hoofdstuk 3.2.5.2) wordt nagestreefd.

Als reden voor het opnemen van *wettelijke* faciliteiten voor de aandelenfusie, juridische fusie en juridische splitsing is door de wetgever het rechtszekerheidsbeginsel aangevoerd.¹⁴⁰⁰ Aangegeven wordt dat een belastingplichtige onder omstandigheden ook een beroep kan doen op de ruilarresten en de vervangingsreserve en zo vermogensbestanddelen kan doorschuiven tegen boekwaarde. Het opnemen van een wettelijke faciliteit leidt tot meer rechtszekerheid voor de belastingplichtige. Bovendien geldt bij iedere faciliteit dat een verzoek kan worden ingediend voor zekerheid vooraf dat de fusie of splitsing niet wordt geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.

10.2.4 De voorwaarden en reikwijdte

10.2.4.1 Aandelenfusie

Bij een aandelenfusie dragen de aandeelhouders van het ene lichaam hun aandelen over aan het andere lichaam. Die aandeelhouders krijgen daarvoor aandelen in het overnemende lichaam. Een aandelenfusie is een economische fusievorm, waarbij de bestaande lichamen niet verdwijnen. In het bijzonder de fiscale positie van de aandeelhouders in de overgenomen vennootschap vraagt om nadere fiscale begeleiding. De huidige aandelenfusieregeling voor aandeelhouders-ondernemers is opgenomen in art. 3.55 Wet IB 2001. Voor aanmerkelijk belanghouders is de faciliteit geregeld in art. 4.41 lid 1, en art. 4.42 lid 1 Wet IB 2001. Als de aandeelhouder(s) een lichaam betreft is krachtens art. 8 lid 1 Wet VPB 1969 de faciliteit van art. 3.55 Wet IB 2001 eveneens van toepassing.¹⁴⁰¹ Voor lichamen is de aandelenfusiefaciliteit alleen relevant indien de aandelen geen deelneming vormen. Als dat namelijk wel het geval is, is de aandelenfusiefaciliteit niet nodig, omdat - normaal gesproken - de deelnemingsvrijstelling van toepassing zal zijn.

¹³⁹⁶ J. Verburg, Vennootschapsbelasting, Fiscale Handboeken nr. 4, 2^e druk, Kluwer 2000, paragraaf 14.2.

¹³⁹⁷ H.A.J.P te Niet, Een pleidooi voor een Nederlands Umwandlungssteuergesetz in P.H.J. Essers e.a., Met Recht, opstellen [...] aangeboden aan Theo Raaijmakers, Kluwer, 2009, blz. 322.

¹³⁹⁸ Zie Kamerstukken II, 1981-1982, 16453, nr. 11, blz. 3.

¹³⁹⁹ Kamerstukken II, 1997-1998, 25709, nr. 3, blz. 2.

¹⁴⁰⁰ Kamerstukken II, 1998-1999, 26727, nr. 3, blz. 95.

¹⁴⁰¹ Voor de samenloop met de deelnemingsvrijstelling zijn in art. 13h en 13i Wet VPB 1969 nadere rechtsregels opgenomen, die het bestek van mijn onderzoek te buiten gaan. Voor een uiteenzetting verwijs ik naar de Cursus Belastingrecht 2016, onderdeel VPB 2.4.14.

De overdracht van de aandelen tegen uitreiking van nieuwe aandelen vormt fiscaalrechtelijk een vervreemding van de overgedragen aandelen en leidt derhalve tot realisatie van de stille reserves die in de overgedragen aandelen schuilgaan.

De aandelenfusiefaciliteit zorgt er voor dat de belastingplichtige bij het bepalen van de winst het voordeel uit vervreemding van aandelen in het kader van een aandelenfusie niet in aanmerking hoeft te nemen. De voorwaarden voor toepassing van de aandelenfusiefaciliteit zijn als volgt:

- Aandelen mogen in beginsel alleen tegen aandelen worden geruild.
- Er mag geen bijbetaling in contanten plaatsvinden die meer bedraagt dan 10% van de nominale waarde van de uitgereikte aandelen.
- Een binnenlandse aandelenfusie wordt aanwezig geacht indien een in Nederland gevestigd lichaam tegen uitreiking van aandelen een zodanig aandelenbezit verwerft in een ander in Nederland gevestigd lichaam dat zij de meerderheid van de stemrechten kan uitoefenen.
- De fusie mag niet in overwegende mate gericht zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.¹⁴⁰² De fusie wordt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien de fusie niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van actieve werkzaamheden van de bij de fusie betrokken rechtspersonen. De huidige discussiepunten over de antimisbruikbepaling worden nader toegelicht in hoofdstuk 10.2.5.

Het fiscale gevolg van de aandelenfusiefaciliteit voor zowel de aandeelhouder-natuurlijk persoon als het aandeelhouder-lichaam is dat de fiscale claim (die ontstaan is door de aandelenfusie) wordt doorgeschoven. Dit wordt fiscaaltechnisch vormgegeven doordat de belastingplichtige die aandelen ruilt, de nieuw verkregen aandelen te boek stelt voor de boekwaarde die gold voor de overgedragen aandelen. De belastingclaim wordt dus gekoppeld aan een ander object, maar blijft wel bij dezelfde belastingplichtige.

10.2.4.2 Bedrijfsfusie

Bij een bedrijfsfusie draagt het ene lichaam een onderneming of een zelfstandig onderdeel daarvan over aan het andere lichaam tegen uitreiking van aandelen. Een bedrijfsfusie is een economische fusievorm, waarbij de bestaande vennootschappen niet verdwijnen. Directe fiscale gevolgen doen zich alleen voor op het niveau van de lichamen zelf. De huidige bedrijfsfusiefaciliteit is opgenomen in art. 14 Wet VPB 1969. Daarnaast is het besluit van 12 augustus 2015¹⁴⁰³, waarin goedkeuringen, standpunten en standaardvoorwaarden zijn opgenomen, van belang voor de praktijk.

De overdracht van een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming vormt fiscaalrechtelijk een vervreemding en leidt derhalve tot realisatie van de fiscale meerwaarden bij de overdrager.

De bedrijfsfusiefaciliteit zorgt er voor dat de overdrager de winst behaalt met of bij de overdracht niet in aanmerking hoeft te nemen. De huidige bedrijfsfusiefaciliteit bestaat eigenlijk uit twee onderdelen, namelijk een onvoorwaardelijke faciliteit enerzijds en een voorwaardelijke faciliteit

¹⁴⁰² Voor de praktijk belangrijke rechtspraak betreft HR 1 december 1999, nr. 34 217, BNB 2000/111 en HR 10 oktober 2008, nr. 43409, BNB 2009/28. In eerstgenoemd arrest werd de aandelenfusiefaciliteit gebruikt om de aandelen van een werkmaatschappij lichter te maken om zo aansprakelijkheid af te dekken. In het tweede genoemde arrest ging het om het verkoop klaar maken (bloot verkoopvoornemen) van aandelen. In beide arresten oordeelde de Hoge Raad dat er geen sprake was van het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Voor een analyse van de arresten zie ook G.C. van der Burgt/R.J. de Vries, De antiontgaansbepalingen in de diverse fusie- en splitsingsfaciliteiten. De huidige stand van zaken in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, WFR 2012/1693, paragraaf 5.

¹⁴⁰³ Besluit van 12 augustus 2015, BLKB 2015/520M, V-N 2015/44.12. Voor een uiteenzetting van dit besluit zie bijvoorbeeld G.C. van der Burgt, Het (geactualiseerde) beleid van de Staatssecretaris van Financiën met betrekking tot bedrijfsfusies, splitsingen en juridische fusies in de vennootschapsbelasting (deel I en deel II), WPNR 2016/7130/4 en WPNR 2016/7131/6.

anderzijds. De onvoorwaardelijke faciliteit is van rechtswege van toepassing indien voldaan is aan de volgende wettelijke vereisten.

- Er moet overdracht plaatsvinden van een onderneming of een zelfstandig onderdeel van een onderneming.¹⁴⁰⁴ De huidige discussiepunten over het begrip (zelfstandig onderdeel van een) onderneming worden nader toegelicht in hoofdstuk 10.2.5.
- Het overnemende lichaam moet vennootschapsbelastingplichtig zijn of worden.
- De overdracht moet plaatsvinden tegen uitreiking van aandelen.
 - Een bijbetaling in contanten van maximaal 1% van hetgeen op de uitgereikte aandelen is gestort, met een maximum van €4.500, is toegestaan.
- Voor het bepalen van de fiscale winst moeten bij het overdragende en het overnemende lichaam dezelfde bepalingen van toepassing zijn.
- De overnemer kan geen aanspraak maken op:
 - voorwaartse verrekening van verliezen;
 - vermindering ter voorkoming van dubbele belasting ter zake van buitenlandse resultaten;
 - toepassing van de innovatiebox (vanaf 1 januari 2017 geldt dat ook voor de overdrager);
 - toepassing van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten;
 - toepassing van de deelnemingsverrekening;
 - toepassing van de verrekening bij buitenlandse ondernemingswinsten.
- Latere heffing moet zijn verzekerd.
- De fusie mag niet in overwegende mate gericht zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. De fusie wordt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien de fusie niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van actieve werkzaamheden van de bij de fusie betrokken rechtspersonen. Indien aandelen in de overdrager dan wel overnemer binnen drie jaar na de overdracht geheel of ten dele, direct of indirect worden vervreemd aan een lichaam dat niet met de overdrager en de overnemer is verbonden, worden zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt. De laatste volzin wordt ook wel het vervreemdingsverbod genoemd. De huidige discussiepunten over de antimisbruikbepaling worden nader toegelicht in hoofdstuk 10.2.5.

Indien wel aan de eerste drie, maar niet aan de andere bovengenoemde wettelijke vereisten wordt voldaan, geldt een voorwaardelijke faciliteit. Dat wil zeggen dat zowel de overdrager als de overnemer vóór de bedrijfsfusie bij de inspecteur een verzoek moeten indienen om toepassing van de bedrijfsfusiefaciliteit. De inspecteur zal dan nadere (standaard)voorwaarden stellen. Deze voorwaarden mogen slechts strekken ter verzekering van de heffing en de invordering van de belasting die verschuldigd zou zijn indien de bedrijfsfusiefaciliteit niet van toepassing zou zijn geweest. De standaardvoorwaarden zijn laatstelijk gepubliceerd in bovengenoemd besluit van 12 augustus 2015.¹⁴⁰⁵ Volledigheidshalve merk ik op dat ook voor de voorwaardelijke faciliteit geldt dat de fusie niet in overwegende mate gericht mag zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.

Het fiscale gevolg van de bedrijfsfusiefaciliteit is dat de fiscale claim (die ontstaan is door de bedrijfsfusie) wordt doorgeschoven. Dit wordt fiscaaltechnisch vormgegeven doordat de overnemer

¹⁴⁰⁴ Er is geen sprake van een zelfstandig onderdeel van de onderneming als "enkel deelnemingen worden ingebracht" (zie punt 3.1 van het besluit). Bij een zogenoemde dooroverdracht (uitzakken van een onderneming in een werkmaatschappij) hoeven er op grond van een goedkeuring in het besluit geen vermogensbestanddelen achter te blijven (zie punt 3.1.1). In HR 30 november 2012, nr. 11/00167, BNB 2013/32 besliste de Hoge Raad in striktere zin dat bij de eerste inbreng alleen het niet voor dooroverdracht bestemde deel van de inbreng meetelt voor de beoordeling of sprake is van de vereiste inbreng van een onderneming of zelfstandig onderdeel daarvan. Zie uitgebreid hierover G.C. van der Burgt, De bedrijfsfusiefaciliteit van artikel 14 Wet Vpb 1969 en 'dooroverdracht', FBN 2013/4/20.

¹⁴⁰⁵ Voor een inhoudelijke uiteenzetting van de standaardvoorwaarden verwijs ik naar P.H.M. Simonis, Besluit bedrijfsfusie van 12 augustus 2015, MBB 2015/10.

ten aanzien van alle vermogensbestanddelen die in het kader van de bedrijfsfusie zijn verkregen in de plaats treedt van de overdrager. Dit betekent onder meer dat de overnemer de verkregen vermogensbestanddelen fiscaal te boek stelt tegen de boekwaarde die ook bij de overdrager gold. Hier blijft de fiscale claim dus gekoppeld aan hetzelfde object, maar verschuift de fiscale claim tussen de belastingsubjecten (met andere woorden het tegenovergestelde van een aandelenfusie). De huidige discussiepunten over de fiscale indeplaatsstelling worden nader toegelicht in hoofdstuk 10.2.5.

10.2.4.3 *Juridische fusie*

Bij de juridische fusie kan een tweetal hoofdvarianten worden onderscheiden. Ten eerste de juridische fusie door overname, waarbij een bestaand lichaam al het vermogen van een ander lichaam onder algemene titel overneemt. Het overgenomen lichaam verdwijnt en haar aandeelhouders worden van rechtswege aandeelhouders in het overnemende lichaam. De andere hoofdvariant is een juridische fusie door oprichting waarbij er een nieuw lichaam wordt opgericht dat als overnemend lichaam fungeert. In dat geval verdwijnen beide fusiepartners en gaan deze op in het nieuw opgerichte overnemende lichaam.

Een juridische fusie heeft een civielrechtelijke achtergrond, er verdwijnt altijd minstens één lichaam.¹⁴⁰⁶ Directe fiscale gevolgen doen zich zowel voor op het niveau van de aandeelhouders als op het niveau van de fuserende lichamen zelf. De huidige fiscale juridische fusieregeling voor de fuserende lichamen is opgenomen in art. 14b Wet VPB 1969. Daarnaast is het besluit van 27 januari 2015¹⁴⁰⁷, waarin goedkeuringen, standpunten en standaardvoorwaarden zijn opgenomen, van belang voor de praktijk.

Bij een juridische fusie wordt het verdwijnende lichaam geacht zijn vermogensbestanddelen ten tijde van de fusie te hebben overgedragen aan het verkrijgende lichaam. Tevens wordt het verdwijnende lichaam geacht opgehouden te zijn belastbare winst uit onderneming te genieten. Bij een juridische fusie is er derhalve sprake van twee ficties: de eindafrekeningsfictie en de vervreemdingsfictie. Op grond van de vervreemdingsfictie dient het verdwijnende lichaam de fiscale meerwaarden op het onmiddellijk aan het fusietijdstip voorafgaande moment tot zijn fiscale winst te rekenen. De eindafrekeningsfictie zorgt er voor dat alle andere voordelen die nog niet op enige manier in de fiscale winst waren betrokken, alsnog in de fiscale winst worden betrokken. Dit is dezelfde afrekening die moet plaatsvinden als een lichaam bijvoorbeeld door een liquidatie of door emigratie naar het buitenland ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten.

De aandeelhouder wordt geacht zijn aandelen in het verdwijnende lichaam ten tijde van de fusie te hebben vervreemd. Dit leidt in beginsel tot fiscale afrekening over de stille reserves die in deze aandelen schuilgaan. Het fiscaal afrekenen van de fiscale meerwaarden bij zowel de fuserende lichamen die bij de fusie betrokken zijn, als de aandeelhouders wordt ook wel ruisende fusie genoemd.

De juridische fusiefaciliteit zorgt er voor dat op het niveau van het verdwijnende lichaam de winst behaald met of bij de overdracht niet in aanmerking hoeft te worden genomen.¹⁴⁰⁸ Dit wordt ook wel de geruisloze fusie genoemd. De juridische fusiefaciliteit bestaat voor de fuserende lichamen eigenlijk uit twee onderdelen, namelijk een onvoorwaardelijke faciliteit enerzijds en een

¹⁴⁰⁶ De civielrechtelijke gevolgen staan in Titel 7 BW art. 2:309 t/m 3:333l BW.

¹⁴⁰⁷ Besluit 27 januari 2015, BLKB 2015/34M, V-N 2015/18.10. Voor een uiteenzetting van dit besluit zie bijvoorbeeld G.C. van der Burgt, Het (geactualiseerde) beleid van de Staatssecretaris van Financiën met betrekking tot bedrijfsfusies, splitsingen en juridische fusies in de vennootschapsbelasting (deel I en deel II), WPNR 2016/7130/4 en WPNR 2016/7131/6. Zie ook P.H.M. Simonis, Besluit van 30 juni 2014 inzake juridische fusie (deel 1), MBB 2014/11, (deel 2), MBB 2014/12.

¹⁴⁰⁸ Het is overigens mogelijk dat de fuserende vennootschappen kiezen voor doorschuiven van de belastingclaim, (geruisloze fusie) terwijl de aandeelhouders kiezen voor afrekening (ruisende fusie). Ook is het mogelijk dat één van de aandeelhouders kiest voor een ruisende fusie en een andere aandeelhouder voor een geruisloze fusie. Dit leid ik af uit Kamerstukken I, 1997/98, 25 709, nr. A, blz. 5 en Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 5, blz. 13.

voorwaardelijke faciliteit anderzijds. De onvoorwaardelijke faciliteit is van rechtswege van toepassing, indien voldaan is aan de volgende wettelijke vereisten.

- Voor het bepalen van de fiscale winst moeten bij het verdwijnende en verkrijgende lichaam dezelfde bepalingen van toepassing zijn.
- Beide lichamen kunnen geen aanspraak maken op:
 - voorwaartse verrekening van verliezen;
 - vermindering ter voorkoming van dubbele belasting ter zake van buitenlandse resultaten;
 - toepassing van de innovatiebox;
 - toepassing van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten;
 - toepassing van de deelnemingsverrekening;
 - toepassing van de verrekening bij buitenlandse ondernemingswinsten.
- Latere heffing moet zijn verzekerd.
- De fusie mag niet in overwegende mate gericht zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. De fusie wordt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien de fusie niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van actieve werkzaamheden van de bij de fusie betrokken rechtspersonen. De huidige discussiepunten over de antimisbruikbepaling worden nader toegelicht in hoofdstuk 10.2.5.

Indien niet aan bovengenoemde wettelijke vereisten wordt voldaan, geldt een voorwaardelijke faciliteit. Dat wil zeggen dat zowel de verdwijnende als de verkrijgende rechtspersoon vóór de juridische fusie bij de inspecteur een verzoek moeten indienen om toepassing van de juridische fusiefaciliteit. De inspecteur zal dan nadere (standaard)voorwaarden stellen. Deze voorwaarden mogen slechts strekken ter verzekering van de heffing en de invordering van de belasting die verschuldigd zou zijn indien de juridische fusiefaciliteit niet van toepassing zou zijn geweest. De standaardvoorwaarden zijn laatstelijk gepubliceerd in bovengenoemd besluit van 27 januari 2015. Volledigheidshalve merk ik op dat ook voor de voorwaardelijke juridische fusiefaciliteit geldt dat de fusie niet in overwegende mate gericht mag zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.

Het fiscale gevolg van de juridische fusiefaciliteit is dat de fiscale claim (die ontstaan is door de juridische fusie) wordt doorgeschoven. Dit wordt fiscaaltechnisch vormgegeven doordat de verkrijgende rechtspersoon ten aanzien van al hetgeen in het kader van de fusie is verkregen in de plaats treedt van de overdrager. Dit betekent onder meer dat de verkrijgende rechtspersoon de verkregen vermogensbestanddelen te boek stelt tegen de boekwaarde die ook bij de verdwijnende rechtspersoon gold. De huidige discussiepunten over de fiscale indeplaatsstelling worden nader toegelicht in hoofdstuk 10.2.5.

De fiscale fusiefaciliteit is geregeld in art. 3.57 Wet IB 2001 voor de aandeelhouders-ondernemers van de fuserende vennootschappen, alsmede art. 4.41 lid 3 en art. 4.42 lid 3 Wet IB 2001 voor aanmerkelijk belanghouders. Voor lichamen die aandeelhouders zijn van fuserende vennootschappen, is krachtens art. 8 lid 1 Wet VPB 1969 de faciliteit van art. 3.57 Wet IB 2001 eveneens van toepassing.¹⁴⁰⁹ Voor de aandeelhouders van de fuserende rechtspersonen geldt ten aanzien van het doorschuiven van de fiscale claim eenzelfde systematiek (wel blijft de claim op het niveau van de aandeelhouder bij hetzelfde belastingsubject, hetgeen op het niveau van de fuserende lichamen niet het geval is). De in het kader van de fusie verworven aandelen in de verkrijgende rechtspersoon worden bij zowel de aandeelhouder-natuurlijk persoon als bij het aandeelhouder-lichaam direct na de fusie te boek gesteld voor dezelfde waarde als waarvoor de aandelen in het verdwijnende lichaam ten tijde van de fusie te boek zijn gesteld.

¹⁴⁰⁹ Voor de samenloop met de deelnemingsvrijstelling zijn in art. 13h en 13k Wet VPB 1969 nadere rechtsregels opgenomen. die het bestek van mijn onderzoek te buiten gaan. Voor een uiteenzetting verwijs ik naar de Cursus Belastingrecht, onderdeel VPB 2.4.14.

10.2.4.4 Juridische splitsing

Bij de juridische splitsing kan een tweetal hoofdvarianten worden onderscheiden, namelijk de zuivere splitsing en de afsplitsing (art. 2:334a BW). Bij de zuivere splitsing verdwijnt het splitsende lichaam, terwijl dit niet het geval is bij de afsplitsing. In beide gevallen gaat vermogen onder algemene titel over van het splitsende lichaam naar één of meer verkrijgende lichamen. In de praktijk komt de concernsplitsing regelmatig voor. Deze "sub-variant" van de afsplitsing houdt in dat het splitsende lichaam aandeelhouder wordt in het verkrijgende lichaam (art. 2:334hh BW).¹⁴¹⁰ Een juridische splitsing heeft een civielrechtelijke achtergrond.¹⁴¹¹ Directe fiscale gevolgen doen zich zowel voor op het niveau van de aandeelhouders als op het niveau van de lichamen zelf. De huidige fiscale juridische splitsingsregeling is opgenomen in art. 14a Wet VPB 1969 voor de splitsende lichamen. Daarnaast zijn de besluiten van 27 januari 2015¹⁴¹², waarin goedkeuringen, standpunten en standaardvoorwaarden zijn opgenomen, van belang voor de praktijk.

Bij een zuivere splitsing en bij een afsplitsing wordt het splitsende lichaam geacht zijn vermogensbestanddelen ten tijde van de splitsing te hebben overgedragen aan het verkrijgende lichaam. Tevens wordt bij een zuivere splitsing het splitsende lichaam geacht te zijn opgehouden in Nederland belastbare winst te genieten. Bij de zuivere splitsing is er derhalve sprake van twee ficties: de eindafrekeningsfictie en de vervreemdingsfictie. Bij de afsplitsing is slechts sprake van één fictie: de vervreemdingsfictie. Op grond van de vervreemdingsfictie dient het splitsende lichaam de fiscale meerwaarden op het onmiddellijk aan het splitsingstijdstip voorafgaande moment tot haar fiscale winst rekenen. De eindafrekeningsfictie zorgt ervoor dat alle andere voordelen die nog niet op enige manier in de fiscale winst waren betrokken, alsnog in de fiscale winst worden betrokken. Dit is dezelfde afrekening die moet plaatsvinden als een lichaam bijvoorbeeld door een liquidatie of door emigratie naar het buitenland ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten. De aandeelhouder wordt geacht zijn aandelen in de splitsende rechtspersoon ten tijde van de splitsing te hebben vervreemd. Dit leidt in beginsel tot fiscale afrekening van de stille reserves die in deze aandelen schuilgaan. Het fiscaal afrekenen van de fiscale meerwaarden bij zowel de lichamen die bij de splitsing betrokken zijn als de aandeelhouders wordt ook wel ruisende splitsing genoemd.

De juridische splitsingsfaciliteit zorgt er voor dat op het niveau van het splitsende lichaam de winst behaald met of bij de overdracht niet in aanmerking hoeft te worden genomen.¹⁴¹³ Dit wordt ook wel de geruisloze juridische splitsingsfaciliteit genoemd. Deze faciliteit bestaat voor het splitsende lichaam eigenlijk uit twee onderdelen, namelijk een onvoorwaardelijke faciliteit enerzijds en een voorwaardelijke faciliteit anderzijds. De onvoorwaardelijke faciliteit is van rechtswege van toepassing, indien voldaan is aan de volgende wettelijke vereisten:

- Voor het bepalen van de fiscale winst moeten bij de splitsende en verkrijgende rechtspersoon dezelfde bepalingen van toepassing zijn.
- Zowel de splitsende rechtspersoon indien deze ophoudt te bestaan als de verkrijgende rechtspersoon kunnen geen aanspraak maken op:
 - voorwaartse verrekening van verliezen;
 - vermindering ter voorkoming van dubbele belasting ter zake van buitenlandse resultaten;

¹⁴¹⁰ Deze splitsingsvorm wordt ook wel de hybride splitsing genoemd. Zie o.a. E.R. Roelofs, Grensoverschrijdende juridische splitsing kapitaalvennootschappen, VDHI nr. 122, 2014, paragraaf 3.8.3.

¹⁴¹¹ De civielrechtelijke gevolgen staan in Titel 7 BW art. 2:334a t/m 3.334iil BW.

¹⁴¹² Besluit van 27 januari 2015, BLKB 2015/33M, V-N 2015/16.16 (juridische afsplitsing) en voor een juridische zuivere splitsing het besluit van 27 januari 2015, BLKB 2015/38M, V-N 2015/17.8. Voor een uiteenzetting van beide besluiten zie bijvoorbeeld G.C. van der Burgt, Het (geactualiseerde) beleid van de Staatssecretaris van Financiën met betrekking tot bedrijfsfusies, splitsingen en juridische fusies in de vennootschapsbelasting (deel I en deel II), WPNR 2016/7130/4 en WPNR 2016/7131/6.

¹⁴¹³ Het is overigens mogelijk dat de splitsende vennootschappen kiezen voor doorschuiven van de belastingclaim, (geruisloze splitsing) terwijl de aandeelhouders kiezen voor afrekening (ruisende splitsing). Ook is het mogelijk dat één van de aandeelhouders kiest voor een ruisende splitsing en een andere aandeelhouder voor een geruisloze splitsing. Dit leidt ik af uit Kamerstukken I, 1997/98, 25 709, nr. A, blz. 5 en Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 5, blz. 13.

- toepassing van de innovatiebox;
- toepassing van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten;
- toepassing van de deelnemingsverrekening;
- toepassing van de verrekening bij buitenlandse ondernemingswinsten.
- Latere heffing moet zijn verzekerd.
- De splitsing mag niet in overwegende mate gericht zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. De splitsing wordt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien de splitsing niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van actieve werkzaamheden van de bij de splitsing betrokken rechtspersonen. Indien aandelen in de gesplitste rechtspersoon, dan wel in een verkrijgende rechtspersoon binnen drie jaar na de overdracht geheel of ten dele, direct of indirect worden vervreemd aan een lichaam dat niet met de gesplitste rechtspersoon, dan wel met de verkrijgende rechtspersoon is verbonden, worden zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt. De laatste volzin wordt ook wel het vervreemdingsverbod genoemd. De huidige discussiepunten over de antimisbruikbepaling worden nader toegelicht in hoofdstuk 10.2.5.

Indien niet aan bovengenoemde wettelijke vereisten wordt voldaan, geldt een voorwaardelijke faciliteit. Dat wil zeggen dat zowel de splitsende als de verkrijgende rechtspersoon vóór de juridische splitsing bij de inspecteur een verzoek moeten indienen om toepassing van de juridische splitsingsfaciliteit. De inspecteur zal nadere (standaard)voorwaarden stellen. Deze voorwaarden mogen slechts strekken ter verzekering van de heffing en de invordering van de belasting die verschuldigd zou zijn indien de juridische splitsingsfaciliteit niet van toepassing zou zijn geweest. De standaardvoorwaarden voor een juridische afsplitsing zijn laatstelijk gepubliceerd in bovengenoemde besluiten van 27 januari 2015. Volledigheidshalve merk ik op dat ook voor de voorwaardelijke juridische splitsingsfaciliteit geldt dat de splitsing niet in overwegende mate gericht mag zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.

Het fiscale gevolg van de juridische splitsingsfaciliteit is dat de fiscale claim (die ontstaan is door de splitsing) wordt doorgeschoven. Dit wordt fiscaaltechnisch vormgegeven doordat het verkrijgende lichaam ten aanzien van al hetgeen in het kader van de splitsing is verkregen in de plaats treedt van de overdrager. Dit betekent onder meer dat het verkrijgende lichaam de verkregen vermogensbestanddelen te boek stelt tegen de boekwaarde die ook bij het splitsende lichaam gold. De huidige discussiepunten over de fiscale indeplaatsstelling worden nader toegelicht in hoofdstuk 10.2.5.

De fiscale splitsingsfaciliteit voor de aandeelhouders-ondernemers van de splitsende lichamen is geregeld in art. 3.56 Wet IB 2001, alsmede in art. 4.41 lid 2 en art. 4.42 lid 2 Wet IB 2001 voor aanmerkelijk belanghouders. Voor lichamen die aandeelhouders zijn van splitsende lichamen, is krachtens art. 8 lid 1 Wet VPB 1969 de faciliteit van art. 3.56 Wet IB 2001 eveneens van toepassing.¹⁴¹⁴ Voor zowel de aandeelhouders-natuurlijk personen als de aandeelhouders-lichamen van de splitsende rechtspersoon geldt ten aanzien van het doorschuiven van de fiscale claim eenzelfde systematiek (wel blijft de claim op het niveau van de aandeelhouder bij hetzelfde belastingsubject, hetgeen op het niveau van de splitsende lichamen niet het geval is). De in het kader van de splitsing verworven aandelen in de verkrijgende rechtspersoon worden direct na de splitsing te boek gesteld voor dezelfde waarde als waarvoor de aandelen in de verdwijnende rechtspersoon ten tijde van de splitsing te boek zijn gesteld.

¹⁴¹⁴ Voor de samenloop met de deelnemingsvrijstelling zijn in art. 13h en 13j Wet VPB 1969 nadere rechtsregels opgenomen die het bestek van mijn onderzoek te buiten gaan. Voor een uiteenzetting verwijs ik naar de Cursus Belastingrecht 2016, onderdeel VPB 2.4.14.

10.2.5 Discussiepunten in Nederland ten aanzien van de reorganisatiefaciliteiten

Bij bestudering van de wettelijke bepalingen, parlementaire geschiedenis, jurisprudentie en literatuur omtrent de fusie en splitsingsvormen blijkt mijns inziens dat op hoofdlijnen in Nederland de volgende huidige relevante discussiepunten kunnen worden gedestilleerd:

- Komt de Nederlandse wettekst rondom fusies en splitsingen wel overeen met de bedoeling van de Fusierichtlijn?
- Wordt de manier waarop de fiscale claim wordt gehandhaafd wel consistent uitgevoerd, concreter geformuleerd: wat is de invulling en reikwijdte van de fiscale indeplaatstreding?
- Is een op Duitse leest geschoeide reorganisatiewetgeving iets voor Nederland?

Het laatste punt betreft niet zozeer een huidig discussiepunt ten aanzien van de Nederlandse fusie- en splitsingsfaciliteiten. Met andere woorden, vanuit de jurisprudentie en literatuur is mijns inziens niet op te maken dat het een discussiepunt is dat de bepalingen rondom reorganisaties verspreid zijn over de diverse wetten (afhankelijk van wie de betrokkenen zijn). Echter, het feit dat Duitsland een dergelijke reorganisatiewet wel heeft en het pleidooi van Te Niet¹⁴¹⁵ voor een dergelijke op Duitse leest geschoeide reorganisatiewet hier in Nederland is voor mij aanleiding om dit nader te onderzoeken.

Deze drie punten zal ik hieronder nader uitwerken en toetsen aan mijn in hoofdstuk 1.3.2.4 besproken toetsingskader, namelijk aan de i. fiscaal-beleidsanalytische toets, ii. fiscaal-juridische toets, iii. fiscaal-wetstechnische toets en iv. internationale/Europese fiscale ontwikkelingentoets en mijn eigen mening daarover geven. Vervolgens onderzoek ik in het resterende deel van dit hoofdstuk of Duitsland een oplossing of benadering heeft die aanbevelenswaardig is of kan zijn voor de vennootschapsbelasting ten aanzien van deze discussiepunten.

10.2.5.1 Nederlandse wettekst versus Richtlijn

Bij bestudering van de fusie en splitsingsvormen krijg ik de indruk dat de voorwaarden voor toepassing en de reikwijdte van de faciliteiten altijd het middelpunt van discussie zijn geweest. De door de lidstaten bereikte overeenstemming over de Fusierichtlijn bracht daar geen verandering in. Hoewel de Richtlijn in beginsel ziet op grensoverschrijdende fusies en splitsingen maakt Nederland geen onderscheid (meer) tussen zuiver nationale en grensoverschrijdende EU fusies en splitsingen.¹⁴¹⁶ Dit betekent dat de Nederlandse faciliteiten dienen te voldoen aan de voorschriften uit en de uitleg van de Fusierichtlijn. Een terugkerend discussiepunt is of de Nederlandse wettekst wel richtlijnconform is (vergelijk de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader). Een discussie die mijns inziens grotendeels wordt veroorzaakt door de Nederlandse wetgever, omdat deze weigert om de letterlijke richtlijntekst over te nemen en een net iets afwijkende eigen tekst heeft bedacht. De vraag of de nationale wettelijke regelingen rondom de fusie- en splitsingsfaciliteiten wel in overeenstemming zijn met de (tekst van de) Fusierichtlijn is in de literatuur meermaals bediscussieerd. Hieronder ga ik in op een tweetal discussies, namelijk het richtlijnbegrip "tak van bedrijvigheid" en de Nederlandse vertaling "(zelfstandig onderdeel van de) onderneming" en vervolgens op de antimisbruikbepaling in de Richtlijn en hoe deze in de Nederlandse wet is vertaald.

10.2.5.1.1 Bedrijfsfusie: Onderneming versus tak van bedrijvigheid

Een voorbeeld van een al jarenlang voortdurend discussiepunt is de voorwaarde voor de bedrijfsfusiefaciliteit dat er sprake moet zijn van een "overdracht van een (zelfstandig onderdeel van de) onderneming", terwijl de Fusierichtlijn spreekt over "tak van bedrijvigheid". In de Richtlijn staat dat laatstgenoemd begrip inhoudt "het totaal van de activa en passiva van een afdeling van een vennootschap die uit organisatorisch oogpunt een onafhankelijke exploitatie vormen, dat wil zeggen een geheel dat op eigen kracht kan functioneren". De wetgever heeft aangegeven dat dit overeenkomt met hetgeen in art. 14 Wet VPB 1969 is opgenomen, maar daar is in de literatuur

¹⁴¹⁵ H.A.J.P te Niet, Een pleidooi voor een Nederlands Umwandlungssteuergesetz in P.H.J. Essers e.a., Met Recht, opstellen [...] aangeboden aan Theo Raaijmakers, Kluwer, 2009.

¹⁴¹⁶ Vanaf 1992 ten aanzien van de aandelenfusie en bedrijfsfusie en vanaf 2001 ten aanzien van de juridische fusie en splitsing. Zie ook Hoofdstuk 10.2.1.

sterke (eensluidende) kritiek op.¹⁴¹⁷ Mijs inziens geeft de Redactie V-N het kernachtig weer door op te merken dat het voor de hand ligt om de wettekst in overeenstemming te brengen met de richtlijntekst en niet te blijven hangen in nationale folklore.¹⁴¹⁸ De kritiek komt er kort samengevat op neer dat de richtlijntekst een veel ruimer toepassingsbereik heeft dan hetgeen de Nederlandse wetgever voorstaat. Kort samenvattend, kan mijs inziens hier gesteld worden dat bovenstaand discussiepunt gaat over de vraag of voldaan is aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader; ik ben van mening dat de Nederlandse wettekst mogelijk niet in overeenstemming is met het EU-recht (in casu de Fusierichtlijn).

Naast het verschil in wettekst en de richtlijntekst is de nationale invulling van het begrip "onderneming" in art. 14 Wet VPB 1969 ook voor discussie vatbaar. Verburg geeft bijvoorbeeld aan dat het ondernemersbegrip van art. 14 de vraag doet rijzen of hier het "onderneming drijven met behulp van het gehele vermogen" van art. 2 lid 5 Wet VPB 1969 is bedoeld of het "materiële ondernemingsbegrip" uit de Wet IB.¹⁴¹⁹ De staatssecretaris geeft onder meer in het besluit van 12 augustus 2015 aan dat het begrip "onderneming" materieel moet worden geïnterpreteerd. De parlementaire geschiedenis is echter op dit punt niet eenduidig. Daarin is bijvoorbeeld opgemerkt dat de belastingplichtige aannemelijk kan maken dat bij de overdracht van activiteiten, die niet uitgaan boven normaal vermogensbeheer, het ontgaan of uitstellen van belastingheffing niet is beoogd.¹⁴²⁰ Dit impliceert dat het louter ontbreken van een materiële onderneming niet doorslaggevend is voor toepassing van de faciliteit. Daarnaast kan ook worden gewezen op art. 14 lid 5 Wet VPB 1969 waarin aangegeven wordt dat de faciliteit ook openstaat voor fondsen voor gemene rekening, een rechtsvorm waarbij de bezittingen doorgaans uit beleggingen bestaan. Veel auteurs betogen dan ook dat op basis van de parlementaire geschiedenis en ratio niet is vereist dat het moet gaan om een onderneming in materiële zin en dat met andere woorden beleggingsactiviteiten ook onder de bedrijfsfusiefaciliteit zouden moeten kunnen vallen.¹⁴²¹ Kort samenvattend, kan mijs inziens hier gesteld worden dat in mindere mate is voldaan aan de fiscaal beleidsanalytische toets en fiscaal-wetstechnische toets uit mijn toetsingskader; de huidige wettelijke invulling sluit niet goed aan bij de ratio en het begrip "onderneming" in art. 14 Wet VPB 1969 is mijs inziens door de wetgever niet voldoende duidelijk gemaakt en wordt niet consistent uitgelegd.

10.2.5.1.2 Antimisbruikbepaling

Vanaf 2001 geldt voor toepassing van de aandelenfusie, bedrijfsfusie, juridische fusie en splitsing vrijwel een woordelijk gelijkkluidende antimisbruikbepaling (ook wel belastingontwijkingsvoorbehoud genoemd).¹⁴²² De hoofdtoets houdt in dat de faciliteit achterwege blijft als de fusie of splitsing in overwegende mate gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing (de bewijslast rust daarbij primair op de inspecteur). De hoofdtoets wordt ingevuld door een bewijsvermoeden dat inhoudt dat de fusie geacht wordt in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen

¹⁴¹⁷ Zie bijvoorbeeld J.N. Bouwman, De bedrijfsfusiefaciliteit en het grootonderhoud aan de VPB, NTFR 2004/448, E. van den Brande-Boomsluiters, De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting, FM 110, Kluwer, 2003, paragraaf 4.2.2.1. en G.C. van der Burgt, De bedrijfsfusie in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969, Kluwer 2009, paragraaf 3.2.2.2.

¹⁴¹⁸ Redactie V-N, aantekening bij onderdeel 3.1, Besluit van 12 augustus 2015, BLKB 2015/520M, V-N 2015/44.12.

¹⁴¹⁹ J. Verburg, Vennootschapsbelasting, Fiscale Handboeken nr. 4, 2000, paragraaf 14.2.4.

¹⁴²⁰ Zie Kamerstukken II, 1998-1999, 26728, nr. 3, blz. 53.

¹⁴²¹ Zie bijvoorbeeld Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, Fiscale problemen rondom fusies, nr. 136, Kluwer, 1974, blz. 8. P.J.M. Bongaarts/P.H.J. Essers, Het fiscale regime voor beleggingsinstellingen, FM nr. 36, Kluwer, 1993, blz. 134. C.L. van Lindonk, De onderneming en haar fiscale verschijningsvorm, Gouda Quint BV, Arnhem 1990, paragraaf 4.1.B.5. E. van den Brande-Boomsluiters, De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting, FM 110, Kluwer, 2003, paragraaf 4.2.2.1. en G.C. van der Burgt, De bedrijfsfusie in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969, Kluwer 2009, paragraaf 3.2.2.1.

¹⁴²² Zie art. 3.55 lid 4 onderdeel b Wet IB 2001 (aandelenfusie), art. 14 lid 4 Wet VPB 1969 (bedrijfsfusie), art. 3.56 lid 4 Wet IB 2001 en art. 14a lid 6 Wet VPB 1969 ((juridische) splitsing) alsmede art. 3.57 lid 4 Wet IB 2001 en art. 14b lid 5 Wet VPB 1969 (juridische fusie).

van belastingheffing indien deze niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, tenzij de belastingplichtige het tegendeel aannemelijk maakt. Zakelijke overwegingen worden aanwezig geacht bij herstructurering of rationalisering van actieve werkzaamheden. Bij de bedrijfsfusie- en splitsingsfaciliteit is nog expliciet aangegeven dat zakelijke overwegingen niet aanwezig worden geacht indien aandelen binnen drie jaar aan een niet verbonden lichaam worden vervreemd. De Nederlandse antimisbruikbepaling is ontleend aan de antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn. Er bestaan echter tekstuele verschillen tussen de Nederlandse wettekst en de Fusierichtlijntekst. In de Fusierichtlijn is de bepaling opgenomen dat lidstaten de faciliteit geheel of gedeeltelijk niet toe hoeven te passen indien blijkt dat een van de rechtshandelingen als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft. Wanneer de rechtshandeling niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de bij de rechtshandeling betrokken vennootschappen, geldt het vermoeden dat die rechtshandeling als hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft. De vraag of het huidige belastingontwijkingsvoorbehoud wel in overeenstemming is met de (tekst van de) Fusierichtlijn is in de literatuur meermaals bediscussieerd.¹⁴²³ Een aantal discussiepunten zal ik hieronder toelichten.

Naast het feit dat de woorden "in overwegende mate" niet terug te vinden zijn in de Richtlijn,¹⁴²⁴ is een veel groter discussiepunt de vertaling van "belastingfraude of -ontwijking". In de hierboven aangehaalde literatuur is veelvuldig aangegeven dat belastinguitstel, zoals dit in de Nederlandse wet is opgenomen, niet valt onder het begrip belastingontwijking. De kern van de kritiek is dat het wezen van de faciliteiten juist het bereiken van belastinguitstel is. Op dit punt lijkt de Nederlandse wettekst dus verder te gaan dan doel en strekking van het begrip belastingontwijking uit de Fusierichtlijn. De Hoge Raad besliste echter op 29 juni 2012 dat ook het uitstellen van belastingheffing (indien in strijd met doel en strekking van de Fusierichtlijn wordt gekomen) onder de term belastingontwijking van de Richtlijn valt te rangschikken.¹⁴²⁵

¹⁴²³ Zie bijvoorbeeld M.P. van Scheijndel/R.J. de Vries, "Aandelenfusie, juridische fusie, bedrijfsfusie en splitsing; Op naar 2001", WFR 1999/1673. J.A.G. van der Geld in zijn noot bij HR 1 december 1999, nr. 34217, BNB 2000/111. J.N. Bouwman, De bedrijfsfusiefaciliteit en het grootonderhoud aan de VPB, NTFR 2004/448. E. van den Brande-Boomsluiters, De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting, FM 110, Kluwer, 2003, paragraaf 5.12. G.C. van der Burgt, De bedrijfsfusie in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969, Kluwer 2009, hoofdstuk 6. G.C. van der Burgt, Recente ontwikkelingen ten aanzien van de antimisbruikbepalingen in de fusie- en splitsingsfaciliteiten uit de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting, MBB 2010/09/01 en G.C. van der Burgt/R.J. de Vries, De antiontgaansbepalingen in de diverse fusie- en splitsingsfaciliteiten. De huidige stand van zaken in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, WFR 2012/1693.

¹⁴²⁴ Zie hierover E. van den Brande-Boomsluiters, De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting, FM 110, Kluwer, 2003, paragraaf 5.12.2.2. Van der Burgt & De Vries zijn van mening dat uit de door het Hof van Justitie gewezen Foggia-zaak (10 november 2011, nr. C-126/10, BNB 2012/5) blijkt dat de terminologie "in overwegende mate" die de Nederlandse wetgever voorstaat goed aansluit bij de invulling die door het Hof van Justitie EU in de zaak-Foggia is gegeven aan de formulering "hoofddoel of een der hoofddoelen" uit de Fusierichtlijn. In dat kader zien zij geen (onverenigbare) spanning tussen het nationale fiscale recht en de Fusierichtlijn. G.C. van der Burgt/R.J. de Vries, De antiontgaansbepalingen in de diverse fusie- en splitsingsfaciliteiten. De huidige stand van zaken in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, WFR 2012/1693.

¹⁴²⁵ HR 29 juni 2012, nr. 10/00807, BNB 2012/261. In onderhavige zaak betrof het de vraag of er zakelijke overwegingen ten grondslag lagen aan de splitsing van een familie-BV. De aandelen van de BV werden gehouden door twee broers. De BV zou juridisch worden gesplitst in B BV en C BV. De onroerende zaak van de BV zou dan naar B BV gaan. Het vermogen van C BV zou alleen uit liquiditeiten bestaan. De inspecteur gaf echter een beschikking af, waarin hij besliste dat de voorgenomen juridische splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. De Hoge Raad oordeelt dat het in art. 14a lid 6 Wet VPB 1969 opgenomen antimisbruikvoorbehoud - door ook het uitstellen van belastingheffing onder de term belastingontwijking te rangschikken - niet verder gaat dan de Fusierichtlijn toelaat. Vervolgens stelt de Hoge Raad vast dat het oordeel van het hof inhoudt dat de voorgenomen splitsing als enig doel heeft een alternatieve route te vormen voor de feitelijke uitkoop van een van de twee aandeelhouders. Hiervan uitgaande is er volgens de Hoge Raad sprake van het zodanig uitstellen van belastingheffing dat in strijd met

Een tweede mijns inziens relevant verschil met de Fusierichtlijntekst is dat de term “activiteiten” door de Nederlandse wetgever is vertaald met “actieve werkzaamheden”. De Nederlandse wetgever wilde een onderscheid maken tussen activiteiten die wel en niet uitgaan boven normaal vermogensbeheer.¹⁴²⁶ Als de activiteiten niet uitgaan boven normaal vermogensbeheer wordt de bewijslast bij de belastingplichtige gelegd om aan te tonen dat de relevante transactie niet is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. In de literatuur is de vraag opgeworpen of het woord “actieve” niet geschrapt zou moeten worden. Hof Amsterdam lijkt op 31 maart 2004¹⁴²⁷ de Richtlijntekst als uitgangspunt te nemen en daarmee het begrip actieve werkzaamheden te negeren. De staatssecretaris berustte in de uitkomst van deze zaak.

Een derde discussiepunt is de vraag of het terecht is dat bij de bedrijfsfusie en splitsing de bewijslast voor zakelijke overwegingen bij de belastingplichtige komt te liggen op het moment dat de aandelen binnen drie jaar na de overdracht worden vervreemd. De Fusierichtlijn kent een dergelijke bepaling niet. Volgens Van den Brande-Boomsluiters¹⁴²⁸ heeft de Nederlandse wetgever de door de Richtlijn aangegeven grenzen overschreden, maar volgens Van der Geld¹⁴²⁹ mag men niet concluderen dat iets niet mag alleen omdat de Richtlijn er niet over rept.

Ik ben het met Boomsluiters eens dat op grond van de arresten Euro park Service¹⁴³⁰ en Eqiom en Enka¹⁴³¹ volgt dat de wijze waarop het begrip zakelijke overwegingen nu voor de toepassing van de Nederlandse fusie- en splitsingsfaciliteiten wordt ingevuld, in strijd lijkt te zijn met de Fusierichtlijn.¹⁴³² Kort weergegeven beslist het Europese Hof van Justitie dat een algemeen bewijsvermoeden niet mag worden gehanteerd. Het bewijsvermoeden moet specifiek gericht zijn op het bestrijden van misbruik. De feiten en omstandigheden die het bewijsvermoeden in werking doen treden, moeten een daadwerkelijk vermoeden van belastingfraude of -ontwijking oproepen. Dit betekent mijns inziens dat voor de toepassing van een bewijsvermoeden op basis van een vervreemding van de aandelen geen plaats lijkt te zijn. Kort samenvattend, kan mijns inziens ook hier gesteld worden dat bovenstaand discussiepunt met name gaat over de vraag of voldaan is aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader. Ik ben het met Van den Brande-Boomsluiters eens dat de Nederlandse wettekst waarschijnlijk op dit punt niet in overeenstemming is met het EU-recht (in casu de Fusierichtlijn).

Dat (los van de afwijkende Nederlandse wettekst) de interpretatie van de Richtlijntekst al lastig genoeg kan zijn blijkt mijns inziens bijvoorbeeld uit het door de HvJ EU gewezen zaak

doel en strekking van de Fusierichtlijn wordt gekomen. Voor een nadere analyse van het arrest zie G.C. van der Burgt/R.J. de Vries, De antiontgaansbepalingen in de diverse fusie- en splitsingsfaciliteiten. De huidige stand van zaken in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, WFR 2012/1693, paragraaf 5 en 6.

¹⁴²⁶ Kamerstukken II, 1998-1999, 26728, nr. 3, blz. 53.

¹⁴²⁷ Hof Amsterdam, 31 maart 2004, nr. 02/06079, V-N 2004/57.9. In onderhavige zaak werden enkele beleggingsvennootschappen in een andere beleggingsvennootschap ingebracht. Het doel was om vervolgens een fiscale eenheid tot stand te brengen en de beleggingsvennootschappen binnen de fiscale eenheid te liquideren. Aldus konden de beleggingen in één entiteit worden samengebracht, waardoor een meer optimale spreiding in de beleggingen kon worden aangebracht en de administratiekosten en de kosten van provisies relatief afnamen. In deze situatie was volgens Hof Amsterdam niet sprake van een aandelenfusie die in overwegende mate was gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.

¹⁴²⁸ E. van den Brande-Boomsluiters, De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting, FM 110, Kluwer, 2003, paragraaf 5.12.3.4.

¹⁴²⁹ J.A.G. van der Geld e.a., Hoofdzaken Vennootschapsbelasting, FED Fiscale Studieseries 31, Kluwer, 12e druk, 2016, paragraaf 8.2.1. Van der Geld geeft aan dat het hem voorkomt dat het vervreemdingsverbod voor de ter zake van de fusie verkregen aandelen in het verlengde ligt van de wel in de Richtlijn opgenomen eis dat de inbreng van (het zelfstandig onderdeel van) de onderneming tegen uitreiking van aandelen dient te geschieden.

¹⁴³⁰ HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16 (Euro park Service), V-N 2017/17.12.

¹⁴³¹ HvJ EU 7 september 2017, C-6/16 (Eqiom en Enka), V-N 2017/44.19.

¹⁴³² E. Boomsluiters, Bewijsvermoedens in de Wet VPB 1969: de grenzen verder aangescherpt, WFR 2018/60.

Zwijnenburg.¹⁴³³ In desbetreffende zaak kwam de vraag op of de faciliteit ook wordt ontzegd als een *andere belasting* dan de vennootschapsbelasting wordt ontgaan of uitgesteld. Het Hof oordeelde dat de bedrijfsfusiefaciliteit niet kon worden geweigerd indien een bedrijfsfusie is gericht op het ontgaan van overdrachtsbelasting. Uit deze zaak kan worden opgemaakt dat de Fusierichtlijn alleen werking heeft voor de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting.¹⁴³⁴

Op zich hoeft een enigszins van de Richtlijn afwijkende Nederlandse wettekst voor de belastingplichtige uiteindelijk geen nadelig effect te hebben. Uit diverse jurisprudentie is reeds gebleken dat de Nederlandse rechter rechtstreeks toetst aan de (tekst van de) Fusierichtlijn.¹⁴³⁵ Mijns inziens terecht wijst Van der Geld er op dat alvorens strijd van nationale regelgeving met een Richtlijn zal worden vastgesteld, de Nederlandse rechter zoveel mogelijk zal proberen via verzoenende interpretatie de nationale regelgeving zo uit te leggen dat deze in overeenstemming is met het EU-recht.¹⁴³⁶

Op het moment dat de Nederlandse wetgeving echter ruimer is dan hetgeen in de Fusierichtlijn is omschreven zal de belastingplichtige geen beroep doen op de Richtlijn en de Nederlandse wettekst prevaleren (met een beroep op het Europeesrechtelijke rechtszekerheidsbeginsel). In de Richtlijn geldt bijvoorbeeld bij de splitsingsfaciliteit dat ook als voorwaarde gesteld kan worden dat er sprake moet zijn van een tak van bedrijvigheid. Deze voorwaarde zien we niet terug als voorwaarde voor de Nederlandse splitsingsfaciliteit. Het is echter mijns inziens de vraag of een ruimere werking van de Nederlandse fusie of splitsingsfaciliteiten ten opzichte van de Richtlijn principieel wel is gewenst. Kort samenvattend, kan mijns inziens hier gesteld worden dat bovenstaand punt met name gaat over de vraag of voldaan is aan de fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader. Ik ben van mening dat het toestaan van de splitsingsfaciliteit bij bijvoorbeeld het afsplitsen van een pand niet in overeenstemming is met de in hoofdstuk 10.2.3 geschetste ratio van de faciliteit. Met andere woorden: er is mijns inziens bij het afsplitsen van een pand geen sprake van een bedrijfseconomische gewenste herstructurering waarbij fiscale afrekening ongewenst zou zijn. Bovendien is het mijns inziens niet consistent dat er bij de bedrijfsfusiefaciliteit wel als voorwaarde wordt gesteld dat er sprake moet zijn van een onderneming (tak van bedrijvigheid) en bij de splitsingsfaciliteit niet.¹⁴³⁷

10.2.5.2 Claimhandhaving; fiscale indeplaatsstreding

Een ander discussiepunt in Nederland ten aanzien van de reorganisatiefaciliteiten betreft de (reikwijdte van de) fiscale indeplaatsstreding op het niveau van de lichamen in de vennootschapsbelasting.¹⁴³⁸ De indeplaatsstreding houdt in dat indien de winst niet in aanmerking wordt genomen de overnemer, of verkrijger ten aanzien van al hetgeen in het kader van de

¹⁴³³ HvJ EU 20 mei 2010, zaak C-352/08 (Zwijnenburg), BNB 2010/257.

¹⁴³⁴ Vervolgens kan de vraag nog worden gesteld of de fusiefaciliteit voor alle betrokkenen wordt geweigerd indien bij één van de betrokken de fusie of splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing of dat de fusiefaciliteit alleen voor die ene betrokkene wordt geweigerd. Uit BNB 2012/261 kan mijns inziens worden afgeleid dat dit eerste het geval. Zie ook G.C. van der Burgt/R.J. de Vries, De antiontgaansbepalingen in de diverse fusie- en splitsingsfaciliteiten. De huidige stand van zaken in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, WFR 2012/1693, paragraaf 7. Daarnaast is het de vraag hoe het zit als bijvoorbeeld de aandeelhouders in Duitsland zitten en de splitsende / fuserende lichamen in Nederland. Kan Nederland dan art. 14a, respectievelijk art. 14b Wet VPB 1969 weigeren als die aandeelhouders de *Einkommensteuer* aan het ontgaan/uitstellen zijn? Tot op heden is er nog geen eenduidig antwoord op deze vraag.

¹⁴³⁵ Een duidelijk voorbeeld hiervan is HR 1 december 1999, nr. 34 217, BNB 2000/111, waaruit blijkt dat de Hoge Raad de Fusierichtlijn als uitgangspunt neemt en toets of de fusie en splitsing ook zou zijn uitgevoerd als het niet-fiscale doel (= zakelijke doel) niet zou hebben bestaan.

¹⁴³⁶ J.A.G. van der Geld/F.J. Elswier/S.A. Stevens, Hoofdzaken vennootschapsbelasting, 12^e druk, Kluwer, 2016, paragraaf 8.2.2.

¹⁴³⁷ Zie ook J.N. Bouwman, De bedrijfsfusiefaciliteit en het grootonderhoud aan de VPB, NTFR 2004/448.

¹⁴³⁸ Op het niveau van de aandeelhouders is er in beginsel alleen sprake van fiscale indeplaatsstreding bij samenloop met de deelnemingsvrijstelling, zie art. 13i lid 2, art. 13j lid 4, sub a en art. 13k lid 4 sub a Wet VPB 1969. Ik laat dit verder onbesproken.

bedrijfsfusie, juridische fusie of splitsing is verkregen in de plaats treedt van de overdrager, splitsende of fuserende rechtspersoon. Zoals uit hoofdstuk 10.2.3 is gebleken is de fiscale indeplaatstreding bedoeld om de fiscale claim voor de wetgever te behouden.

Van den Brande-Boomsluiters is mijns inziens terecht van mening dat de fiscale indeplaatstreding in de bedrijfsfusiefaciliteit niet strookt met de ratio van de regeling.¹⁴³⁹ Zij geeft aan dat de fiscale indeplaatstreding in de bedrijfsfusie voorziet in een volledige doorschuiving van de fiscale positie, zoals de overdrager deze voorafgaand aan de transactie ten opzichte van de over te dragen onderneming innam. Er wordt volgens haar een vergelijking gemaakt met de belastingheffing zoals deze bij de overdrager zou hebben plaatsgevonden, indien de overdracht niet had plaatsgevonden. Volgens haar dient gezien de ratio van de faciliteit en de wetsystematiek echter een vergelijking te worden gemaakt met de situatie waarin de overdracht ruisend had plaatsgevonden. Uitgangspunt van art. 14 Wet VPB 1969 is dat bij de overdracht wel winst wordt gerealiseerd, maar dat belastingheffing over de bij de overdracht gerealiseerde winst om economische redenen wordt uitgesteld. Als basis voor de doorschuiving dient derhalve volgens haar te gelden de winst die bij de overdracht van de onderneming feitelijk is gerealiseerd. Kort samenvattend, kan mijns inziens hier gesteld worden dat bovenstaand punt met name gaat over de vraag of voldaan is aan de fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader; het is de vraag of de invulling van de fiscale indeplaatstreding wel strookt met de ratio van de regeling.

De staatssecretaris van Financiën maakt in de in hoofdstuk 10.2.3 besproken beleidsbesluiten een onderscheid tussen subject- en objectgebonden omstandigheden.¹⁴⁴⁰ De fiscale indeplaatstreding is volgens hem alleen van toepassing op de object gebonden aangelegenheden. Kok is eenzelfde mening toegedaan.¹⁴⁴¹ De Vries merkt op dat bij deze zienswijze vraagtekens gesteld kunnen worden door er onder andere op te wijzen dat de formulering in art. 14a en 14b Wet VPB 1969 (verkrijgende rechtspersoon treedt met betrekking tot al hetgeen in het kader van de splitsing of fusie is verkregen in plaats) een subject gebonden benadering lijkt te behelzen.¹⁴⁴² Simonis constateert dat de beantwoording van de vraag of de overgang onder algemene titel ook leidt tot een fiscale indeplaatstreding en of daarmee na de fusie ook alle fiscale kenmerken van de verdwijnende rechtspersoon op de verkrijgende rechtspersoon zijn overgegaan per heffingswet en fiscaal kenmerk varieert. Hij stelt dat binnen de Wet VPB 1969 sprake is van een lappendeken en dat niet altijd duidelijk is wat wel en wat niet aan fiscale kenmerken overgaat.¹⁴⁴³ In de parlementaire geschiedenis is meermalen de fiscale indeplaatstreding bij de verschillende fusiefaciliteiten aan bod gekomen. Van der Burgt wijst er op dat het ondanks de aandacht die in de wetsgeschiedenis is uitgegaan naar de fiscale indeplaatstreding ontbreekt aan duidelijke afbakeningscriteria. Hij constateert dat het begrip in de aangehaalde parlementaire stukken voornamelijk wordt toegelicht aan de hand van voorbeelden. Ook merkt Van der Burgt op dat het beleid van de staatssecretaris omtrent de fiscale indeplaatstreding inconsequent wordt toegepast.¹⁴⁴⁴ Kortom, de meningen lijken op dit punt

¹⁴³⁹ E. van den Brande-Boomsluiters, De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting, FM 110, Kluwer, 2003, paragraaf 5.7.

¹⁴⁴⁰ Van een subjectgebonden omstandigheid is volgens Van der Burgt sprake bij omstandigheden die zijn gekoppeld aan de rechtspersoon van de overdrager, splitser onderscheidenlijk verdwijner. Van objectgebonden omstandigheden is sprake bij omstandigheden die zijn verbonden aan het vermogen dat in het kader van de transactie overgaat. Voor een overzicht van de subjectgebonden omstandigheden in de besluiten verwijs ik naar G.C. van der Burgt, Het (geactualiseerde) beleid van de Staatssecretaris van Financiën met betrekking tot bedrijfsfusies, splitsingen en juridische fusies in de vennootschapsbelasting (II), WPNR 2016/7131/6, paragraaf 8.

¹⁴⁴¹ Q.W.C.J.H. Kok, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, SDU Fiscaal wetenschappelijke reeks nr. 5, 2005, hoofdstuk 4.5.2.

¹⁴⁴² Daarnaast noemt hij nog vijf andere redenen, zie R.J. de Vries, Juridische fusie, (juridische) afsplitsing en zuivere splitsing: nieuwe beleidsbesluiten (deel 1), WFR 2015/526, onderdeel 2.

¹⁴⁴³ P.H.M. Simonis, Besluit van 30 juni 2014 inzake juridische fusie (deel 1), MBB 2014/11, onderdeel 7.

¹⁴⁴⁴ G.C. van der Burgt, Het (geactualiseerde) beleid van de Staatssecretaris van Financiën met betrekking tot bedrijfsfusies, splitsingen en juridische fusies in de vennootschapsbelasting (II), WPNR 2016/7131/6,

verdeeld. Kort samenvattend, kan mijns inziens hier gesteld worden dat bovenstaand punt met name gaat over de vraag of voldaan is aan de fiscaal-wetstechnische toets uit mijn toetsingskader; ik ben van mening dat het begrip fiscale indeplaatstreding door de wetgever niet voldoende duidelijk is geformuleerd en inconsistent wordt toegepast.

Een voor de praktijk belangrijk aspect bij fusie en splitsing is de bepaling dat aanspraken op voorwaartse verrekening van verliezen subjectgebonden zijn en niet overgaan naar de overnemer / verkrijgers. De hoofdregel bij een fusie of splitsing is dus dat nog te verrekenen verliezen achterblijven. Bij een bedrijfsfusie of afsplitsing blijft de overdrager of afsplitser bestaan en kunnen de nog te verrekenen verliezen (normaal) worden afgezet tegen de winsten (behaald met de overgebleven vermogensbestanddelen) van de overdrager of afsplitser. In de praktijk kan dit er overigens toe leiden dat de verliezen effectief niet meer verrekenbaar zijn in het geval de onderneming bijvoorbeeld wordt "uitgezaakt" en alleen (vrijgestelde) inkomsten uit de desbetreffende deelneming worden genoten. Bij een juridische fusie of zuivere splitsing verdwijnen lichamen en de eventuele nog te verrekenen verliezen verdampen in beginsel. Op deze hoofdregel wordt beleidsmatig door de staatssecretaris een uitzondering gemaakt.¹⁴⁴⁵ Het uitgangspunt daarbij is dat vóórfusie- en vóórsplitsingsverliezen verrekend kunnen worden met nafusie- c.q. nasplitsingswinsten als de winst is toe te rekenen aan de vermogensbestanddelen met de daarbij eventueel behorende activiteiten die de verliezen in het verleden hebben veroorzaakt (vergelijk hoofdstuk 9.2.5.3, de systematiek bij verrekening van voorvoegingsverliezen in een fiscale eenheid). Dit wordt bewerkstelligd door winstsplitsing voor te schrijven. Nieuwe activiteiten moeten volgens de staatssecretaris hierbij zoveel mogelijk in historisch perspectief worden geplaatst en de inspecteurs dienen bij de winstsplitsing in de praktijk een zekere soepelheid te betrachten. In de praktijk blijkt echter dat het zeer lastig is de winsten van oude en nieuwe activiteiten goed toe te rekenen met rechtsonzekerheid voor de belastingplichtige als gevolg. Kort samenvattend, kan mijns inziens hier gesteld worden dat het beleid van de staatssecretaris praktisch niet goed uitvoerbaar en handhaafbaar is (fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader) en dat de rechtsonzekerheid er voor zorgt dat er in mindere mate is voldaan aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader.

10.2.5.3 *Het ontbreken van een reorganisatiewet*

Uit een analyse van wetgeving, parlementaire stukken, jurisprudentie en literatuur over de Nederlands reorganisatiefaciliteiten blijkt mijns inziens dat over het algemeen geconcludeerd kan worden dat de Nederlandse faciliteiten vanaf 1 januari 2001 systematisch en principieel beter in elkaar steken dan in de periode ervoor.¹⁴⁴⁶ De herziening in 2001 heeft heel wat knel- en discussiepunten weggenomen. Sindsdien geldt voor fusie en splitsingen op hoofdlijnen dezelfde opbouw wat betreft de voorwaarden, antimisbruikbepalingen, formele aspecten en uitwerking. De centrale bepalingen betreffende de aandeelhouders van fuserende of splitsende rechtspersonen zijn geregeld in de verschillende afdelingen in de inkomstenbelasting en de fiscale gevolgen voor de fuserende of splitsende rechtspersonen in de vennootschapsbelasting. Afhankelijk van de transactie kunnen ook bepalingen in de Successiewet, Wet op de Belastingen van Rechtsverkeer, of BTW van toepassing zijn. Hoewel vanuit de jurisprudentie en literatuur niet echt een geluid doorkomt dat het een knelpunt is dat de bepalingen rondom reorganisaties verspreid zijn over de diverse wetten (afhankelijk van wie de betrokkenen zijn en om welke transacties het gaat) vond ik het pleidooi van Te Niet voor een op Duitse leest geschoeide reorganisatiewet hier in Nederland een interessante

paragraaf 8. Zie ook de aantekeningen van Redactie V-N bij de beleidsbesluiten, V-N 2015/16.16, V-N 2015/17.18 en V-N 2015/18.10.

¹⁴⁴⁵ Besluit 27 januari 2015, BLKB 2015/34M, V-N 2015/18.10, onderdeel 5.1 en besluit van 27 januari 2015, BLKB 2015/38M, V-N 2015/17.8, onderdeel 5.1.

¹⁴⁴⁶ Op de systematiek van vóór 2001 is onder andere kritiek uitgeoefend door Brandsma en De Vries. Zie R.P.C.W.M. Brandsma/R.J. de Vries, Splits jij of fuseer ik (of omgekeerd?): de gevolgen van het wetsvoorstel inzake de fiscale begeleiding van juridische splitsing en fusie voor de betrokken lichamen, FED 1997/871, onderdeel 4.2. Zie ook J. Verburg, vennootschapsbelasting, Fiscale Handboeken nr. 4, 2^e druk, Kluwer, 2000, paragraaf 12.3.

gedachte om nader te onderzoeken.¹⁴⁴⁷ Te Niet geeft aan dat sinds 1934 een afzonderlijke wet in Duitsland bestaat waarin men de regels met betrekking tot overdracht van fiscale meerwaarden bij rechtsvormwijzigingen voor alle rechtsvormen tezamen heeft gebracht, het *Umwandlungssteuergesetz* (UmwStG). Het huidige UmwStG behandelt de fiscale gevolgen van zowel fusies als splitsingen als ook van vermogensoverdrachten en rechtsvormwijzigingen. Te Niet merkt op dat het voordeel van een dergelijke specifieke wet is dat de problematiek volgens een duidelijk gekozen stramien kan worden uitgewerkt. Hij constateert verder dat de bestaande regelingen in Nederland over verschillende wetten zijn verdeeld en allen één eigenschap gemeen hebben. In alle gevallen geldt de bedrijfsoverdrachtsfaciliteit als een uitzondering op een hoofdregel. Op het moment dat een wetgever een dergelijke faciliteit nogmaals wenst te nuanceren, ontstaat er een uitzondering op een uitzondering die in de meeste gevallen niet overeen kan komen met de wettelijke hoofdregel. De wetgever zou volgens Te Niet een flinke stap kunnen maken in de vermindering van de fiscale regeldruk door invoering van een Nederlandse UmwStG. In een dergelijke fiscale begeleidingswet inzake bedrijfsoverdrachten zou de wetgever de fiscale gevolgen niet alleen kunnen stroomlijnen, maar bovenal kunnen systematiseren. Kort samenvattend, kan mijns inziens hier gesteld worden dat de vraag opkomt of het Duitse *Umwandlungssteuergesetz* tot een beter logische, systematische, innerlijk consistentere wetgeving leidt dan nu in Nederland het geval is (de fiscaal-wetstechnische toets uit mijn toetsingskader).

10.3 Duitsland

10.3.1 Structuur; *Umwandlungs(steuern)gesetz*

Wie op zoek gaat naar bepalingen rondom fusie en splitsingfaciliteiten in het *Körperschaftsteuergesetz* (of *Gewerbsteuergesetz*) zal uiteindelijk tot de conclusie komen dat deze er niet zijn. De bepalingen met betrekking tot juridische fusies en splitsingen staan in Duitsland allemaal bij elkaar in één aparte civiele wet, het *Umwandlungsgesetz* (UmwG) en een fiscale wet, het *Umwandlungssteuergesetz* (UmwStG).

10.3.1.1 *Umwandlungsgesetz* (UmwG)

In het UmwG zijn alle civielrechtelijke aspecten rondom reorganiseren geregeld en staan alle reorganisatiemogelijkheden in één wet bij elkaar. Het civiele onderscheid tussen rechtspersonen, personenvennootschappen en natuurlijke personen is (deels) losgelaten. Met andere woorden; het UmwG is van toepassing op alle genoemde personen (*Rechtsträger*). Mijns inziens neemt het UmwG de overgang van vermogen als uitgangspunt en neemt daarmee het object in plaats van het subject als uitgangspunt. Het begrip *Umwandlung* is niet wettelijk gedefinieerd. Het UmwG onderscheidt vier reorganisatievormen (§1 UmwG), namelijk:

- *Verschmelzung* (fusie)
- *Spaltung* (splitsing)
- *Vermögensübertragung* (vermogensoverdracht¹⁴⁴⁸ waarbij geen aandelen worden uitgereikt)
- *Formwechsel* (omzetting van de rechtsvorm)

Een *Verschmelzung* is vergelijkbaar met de juridische fusie in Nederland. Het betreft een overgang van het gehele vermogen naar een andere onderneming in ruil voor aandelen in een overnemende bestaande persoon (*Verschmelzung durch Aufnahme*, oftewel juridische fusie door overname), of in ruil voor aandelen in een nieuw op te richten persoon (*Verschmelzung durch Neugründung*, oftewel juridische fusie door oprichting). Die aandelen worden uitgegeven aan de aandeelhouders van de overdragende partij. Een *Spaltung* is vergelijkbaar met een juridische splitsing in Nederland en

¹⁴⁴⁷ H.A.J.P te Niet, Een pleidooi voor een Nederlands Umwandlungssteuergesetz in P.H.J. Essers e.a., Met Recht, opstellen [...] aangeboden aan Theo Raaijmakers, Kluwer, 2009, blz. 322.

¹⁴⁴⁸ Volledigheidshalve merk ik op dat bij een vermogensoverdracht als voorwaarde geldt dat het moet gaan om een "*Betrieb*" of "*Teilbetrieb*", vergelijkbaar met het begrip (zelfstandig onderdeel van de) onderneming in Nederland. Alleen bij bepaalde constellaties waarbij personenvennootschappen zijn betrokken is het mogelijk de belastingclaim bij een overdracht van individuele vermogensbestanddelen door te schuiven.

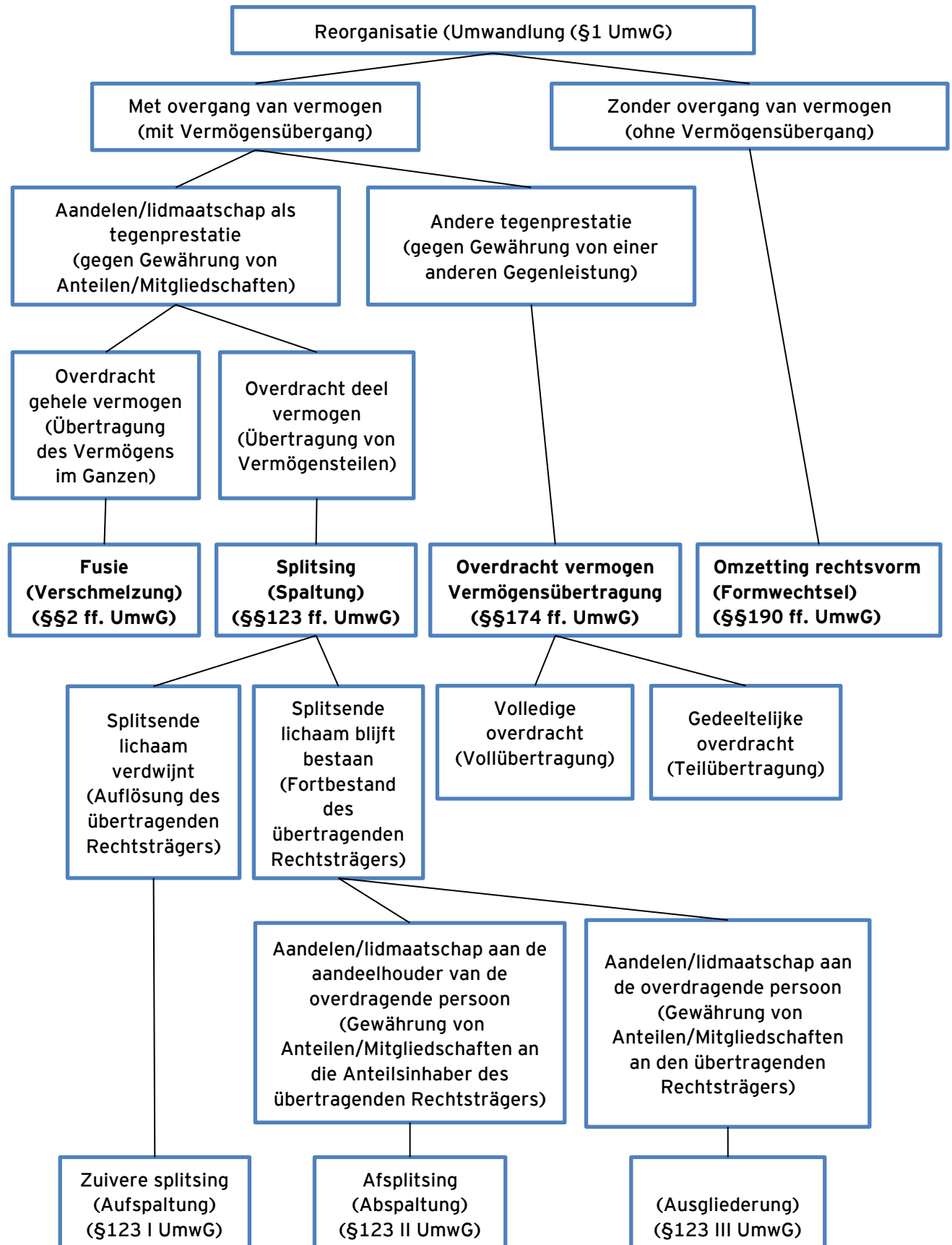
onderscheidt zich van een *Verschmelzung* (fusie) doordat niet het gehele vermogen, maar een deel van het vermogen overgaat. Ook in Duitsland wordt een onderscheid gemaakt tussen een zuivere splitsing (*Aufspaltung*) en afsplitsing (*Abspaltung*). Daarnaast komt in Duitsland *Ausgliederung* regelmatig voor, een afsplitsingsvariant waarbij de splitsende persoon aandeelhouder wordt in een bestaande of nieuw opgerichte verkrijgende persoon. Bij een *Vermögensübertragung* gaat vermogen onder algemene titel over op de verkrijger. Deze reorganisatievorm is vergelijkbaar met een *Verschmelzung* en *Spaltung*, echter bestaat de tegenprestatie voor het overgedragen vermogen niet uit aandelen in de overnemende persoon. Deze vorm kent geen pendant in het Nederlandse recht, omdat in Nederland bij elke fusie of splitsingsvariant vereist is dat als tegenprestatie aandelen worden uitgereikt.¹⁴⁴⁹ Bij een *Formwechsel* gaat het om het omzetten van de rechtsvorm, waarbij de juridische en economische identiteit van de betrokken persoon niet veranderd.

De lijst van *Umwandlungsvormen* in §1 van het UmwG is uitputtend. Een analoge toepassing van de regelingen in het UmwG op niet expliciet in het UmwG geregelde reorganisaties is niet mogelijk. Dit wordt het *Analogieverbot* genoemd. Met uitzondering van de fusie van kapitaalvennootschappen (AG en GmbH, (§122a ff. UmwG) en de SE zijn grensoverschrijdende reorganisaties civielrechtelijk niet geregeld.

Bijgaande structuur, ontleend aan Montag, geeft mijns inziens goed de structuur van het UmwG weer.¹⁴⁵⁰

¹⁴⁴⁹ Vergelijk E.R. Roelofs, Grensoverschrijdende juridische splitsing kapitaalvennootschappen (VDHI nr. 122) 2014/1.6.2.2. De auteur merkt op dat *Vermögensübertragung* in het Nederlandse recht slechts nagebootst kunnen worden door middel van een overdracht van activa en passiva onder bijzondere titel.

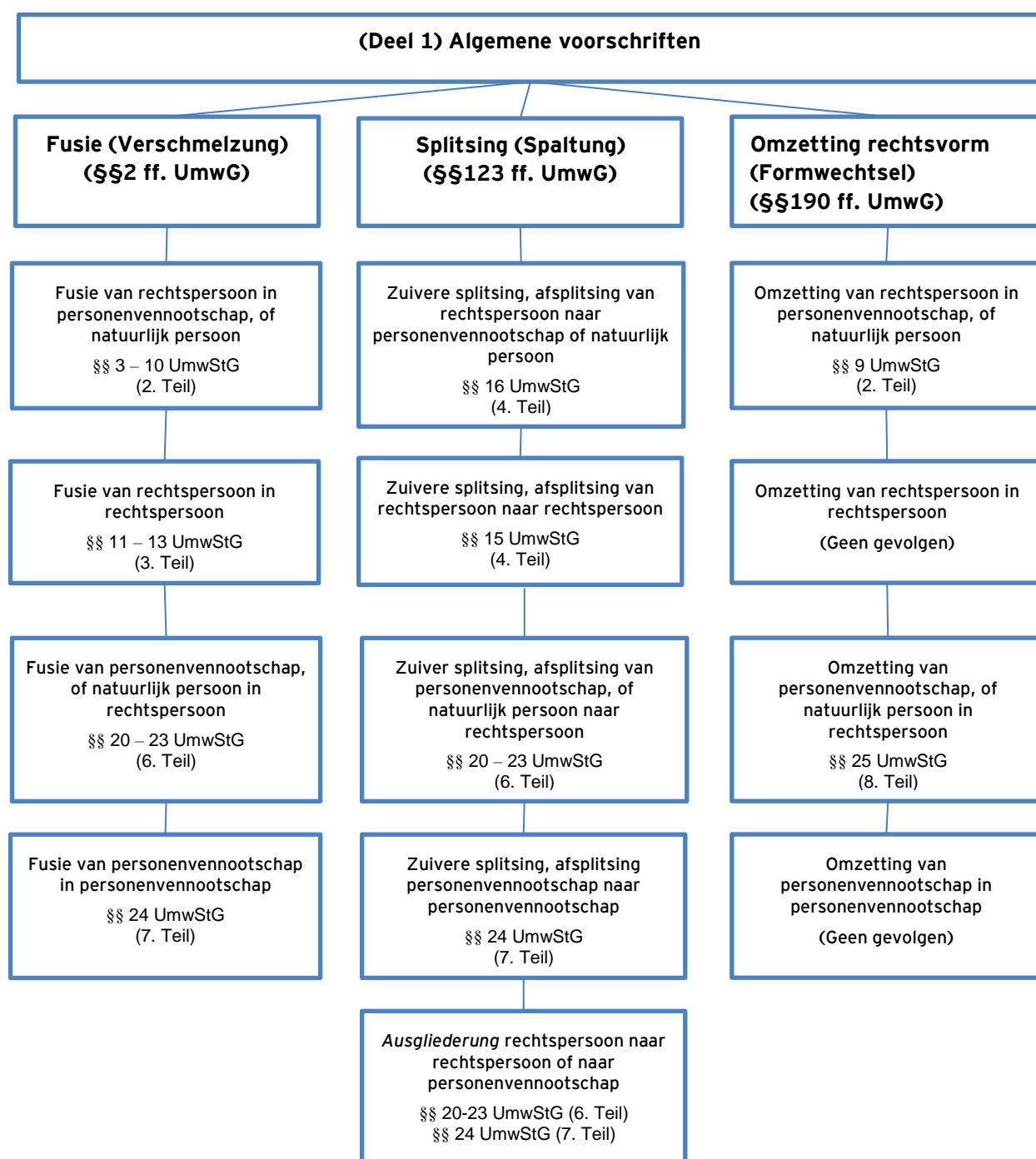
¹⁴⁵⁰ Montag in Tipke/Lang, Steuerrecht Tipke/Lang²², Steuerrecht, §14, Rz. 41. In mijn onderzoek zal ik verder het UmwG niet expliciet bespreken. Alleen de aspecten die samenhangen met het UmwStG zullen in principe aan bod komen. Voor een prachtige tabel met alle civielrechtelijk mogelijke fusie- en splitsingsvarianten verwijs ik naar het UmwStG-besluit, BMF-Schreiben, 11 november 2011, BStBl. I 2011, 1314, punt 01.10 en punt 01.17.



10.3.1.2 *Umwandlungssteuergesetz (UmwStG)*

De fiscale gevolgen wat betreft de *Ertragsteuer* (inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting en *Gewerbesteuer*) van een reorganisatie zijn geregeld in het UmwStG. Het UmwStG is dus zelf geen zelfstandige belasting op reorganisaties. Voor de fiscale gevolgen (belastingheffing) wordt verwezen naar de van toepassing zijnde heffingswetten in de EStG, KStG en GewStG. Bij reorganisaties kunnen er naast inkomsten- of winstbelasting gevolgen ook gevolgen zijn voor de dividendbelasting, btw, successiebelasting, schenkingsrecht of overdrachtsbelasting, afhankelijk van de betrokkenen en feiten en omstandigheden. In het UmwStG zijn er geen verwijzingen naar die belastingsoorten opgenomen. Deze zijn in de van toepassing zijnde afzonderlijke wetten te vinden.

Fiscaalrechtelijk volgt het UmwStG de civielrechtelijke mogelijkheden in het UmwG. Dit betekent dat in Duitsland dus fiscale begeleiding van fusies en splitsingen tussen rechtspersonen, personenvennootschappen en (ondernemingen van) natuurlijke personen mogelijk is. Het UmwStG wijkt enigszins af van het UmwG wat betreft een omzetting van een rechtsvorm. Deze houdt volgens het UmwG geen overgang in, omdat slechts het juridische hulsel verandert. In het UmwStG is dat wat betreft de omzetting van een personenvennootschap in een kapitaalvennootschap, of andersom, bestempeld als een overgang van vermogen, omdat het belastingsubject verandert. Daarnaast zijn fiscaalrechtelijk ook nog de inbreng van een onderneming, deel van de onderneming, of commanditaire participatie in een lichaam (§§20ff. UmwStG) of personenvennootschap (§24 UmwStG) in het UmwStG geregeld. Het UmwStG bestaat uit tien delen en 28 bepalingen. §1 regelt het toepassingsbereik en geeft definities. §2 gaat over een fictieve fiscale overdrachtsdatum van het vermogen (*Steuerliche Rückwirkung*). Duitsland kent een fictieve fiscale overdrachtsdatum (*steuerlicher Übertragungstichtag*) van het vermogen die afwijkt van de civiele overdrachtsdatum. Civielrechtelijk wordt een fusie of splitsing voltooid door inschrijving in het handelsregister. De fiscale overdrachtsdatum is de datum van de fiscale slotbalans en mag hoogstens acht maanden voor inschrijving in het handelsregister zijn opgesteld door de overdrager. Op die datum wordt het inkomen, vermogen en ook de grondslag voor de *Gewerbesteuer* geacht te zijn overgegaan van de overdrager naar de overnemer. De belastingplicht van de overdrager eindigt hierdoor. Schematisch en op hoofdlijnen kan het UmwG en UmwStG als volgt worden weergegeven:



10.3.1.3 Umwandlungssteuer-Erlass

Naast het mijns inziens vrij gedetailleerde UmwG en UmwStG is voor de praktijk het besluit (*UmwSt-Erlass*)¹⁴⁵¹ van het *Bundesfinanzministerium* van 11 november 2011 relevant. In dit 170-pagina's tellende besluit, dat vijf jaar na hervorming van het UmwStG verscheen, wordt iedere bepaling uit het UmwStG op detailniveau nader becommentarieerd (vanuit het standpunt van de Belastingdienst) en regelmatig toegelicht met voorbeelden. In de literatuur wordt het stuk uitermate bekritiseerd.¹⁴⁵²

¹⁴⁵¹ BMF-Schreiben, 11 november 2011, BStBl. I 2011, 1314. Dit besluit zal ik in de rest van het hoofdstuk aanhalen als "UmwSt-besluit".

¹⁴⁵² Zie bijvoorbeeld, Frotscher, *Umwandlungssteuererlass 2011* (Erstkommentierung), Freiburg 2012; Goebel/Ungemach, *Praktiker-Kommentar Umwandlung von Unternehmen*, HDS Verlag, 2014; Schneider/Ruoff/Sistermann, *Umwandlungssteuer-Erlass 2011*; Schulz/Fehrenbacher, *Nationaler vs*

Kern van de kritiek is dat het besluit zich kenmerkt door een enge uitleg en beperkingen van de wettelijke mogelijkheden (die in contrast staan met de Fusierichtlijn of ratio van de reorganisatiefaciliteiten).¹⁴⁵³

10.3.2 Historische ontwikkeling¹⁴⁵⁴

De eerste wettelijke mogelijkheden in Duitsland voor een reorganisatie (een omzetting van een KGaA in een AG) dateren van 1884. Toentertijd bestond er nog geen allesomvattende civiele of fiscale wet. Het eerste UmwG stamt uit 1934 waarbij het mogelijk werd om een kapitaalvennootschap in een personenvennootschap om te zetten.¹⁴⁵⁵ In 1969 werd het UmwG aanpast en aangevuld met tot dan toe nog niet geregelde situaties. Er waren echter naast het UmwG 1969 nog diverse bepalingen rondom fusies en rechtsvormomzettingen te vinden in andere wetten en deze rechtstoestand werd niet wenselijk geacht. Het duurde uiteindelijk tot 1995 tot het UmwG in een nieuw jasje gestoken werd. Het UmwG had drie doelstellingen, namelijk reorganisatiemogelijkheden bijeenbrengen en systematiseren, het dichten van blinde vlekken (met andere woorden het regelen van voorheen nog niet mogelijke civielrechtelijke reorganisatievormen) en als derde doelstelling het op gepaste manier rekening houden met aandeelhouders en schuldeisers. Het UmwG is in het verleden meerdere malen aangepast, bijvoorbeeld vanwege EU-rechtelijke ontwikkelingen (aanpassingen aan veranderingen in de Fusierichtlijn), of bijvoorbeeld als gevolg van de modernisering van het GmbH-recht in 2008.

Het eerste UmwStG dateert eveneens van 1934.¹⁴⁵⁶ In deze wet was slechts de mogelijkheid opgenomen om een kapitaalvennootschap om te zetten in een personenvennootschap. Een overgang van vermogen van een kapitaalvennootschap naar een andere kapitaalvennootschap zonder fiscaal te hoeven af te rekenen (als heffing bij de overnemer verzekerd was), was geregeld in het KStG 1934. In het UmwStG 1969 werden voor de eerste keer regels ingevoerd omtrent reorganisaties van kapitaalvennootschappen naar kapitaalvennootschappen én de inbreng een onderneming of een zelfstandig deel daarvan in een kapitaalvennootschap. Het UmwStG 1969 werd als gevolg van de invoering van het verrekenstelsel door het UmwStG 1977 vervangen. Deze wet zorgde ervoor dat er in het verrekenstelsel bij een omzetting en fusie van kapitaalvennootschappen geen dubbele heffing van winst bij de rechtspersoon en bij de aandeelhouder ontstond.

Net als het UmwG kende het UmwStG in 1995 een fundamentele verandering. Hierin werden voor het eerst wettelijke fiscale doorschuifmogelijkheden geregeld voor een reorganisatie van een kapitaalvennootschap in een personenvennootschap en ten aanzien van splitsingen. Tegelijkertijd met het UmwStG 1995 werd een besluit uitgevaardigd (UmwSt-besluit 1995) waarin doel en strekking van het UmwStG nader werden toegelicht. In 2001 volgden wezenlijke veranderingen in het UmwStG mede gezien de overgang in Duitsland van het verrekenstelsel naar het klassieke systeem.

Tot eind 2006 waren in het UmwStG, een uitzondering daargelaten, alleen nationale reorganisaties geregeld. Door het "*Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen*

europäischer Teilbetriebsbegriff, Steuerstud Nr. 7, 30 juni 2016; Graw, Der Teilbetrieb im Umwandlungssteuerrecht nach dem Umwandlungssteuer-Erlass 2011, IFSt nr. 488, Berlin, Mai 2013.

¹⁴⁵³ Ik weet vanuit praktijkervaring dat de Duitse Belastingdienst het besluit ziet als een totaalomvattende uitleg van vrijwel alle reorganisatievarianten. Mocht een bepaalde casus niet in het besluit staan uitgelegd, dan is het verzoeken om een ruling (*Verbindliche Auskunft*, zie hoofdstuk 2.10.3) voor zover bij mij bekend de enige mogelijkheid om zekerheid vooraf over toepassing van een faciliteit te krijgen en om niet direct te hoeven af te rekenen.

¹⁴⁵⁴ Voor een uitgebreide historische uiteenzetting van het UmwG verwijs ik naar Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, UmwStG, 7^e Auflage 2016, Einf. UmwG Rn.1-24. Voor een historische uiteenzetting van het UmwStG verwijs ik naar hetzelfde boek, maar dan Einf. UmwStG 1-20 en naar Rödder/Herlinghaus/Van Lishaut, UmwStG, 2. Aufl. Einführung, Rz.6-17a.

¹⁴⁵⁵ Andersom was niet mogelijk en hoewel ik het niet expliciet gelezen heb, vermoed ik dat dit te maken heeft met de ideologische denkbeelden in Duitsland van toentertijd.

¹⁴⁵⁶ RGBI I 1934, 572.

Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften" (hierna: SEStEG)¹⁴⁵⁷ kwam daar verandering in en is het UmwStG naar aanleiding van (wijzigingen in) de Europese Fusierichtlijn en naar aanleiding van EU jurisprudentie¹⁴⁵⁸ gewijzigd. Vanaf eind 2006 regelt de wet ook vergelijkbare EU/EER (grensoverschrijdende) reorganisaties. De nieuwe regeling van het UmwStG had ook invloed op de binnenlandse reorganisatieregels door significante veranderingen in de voorwaarden voor fiscale begeleiding en toevoeging van antimisbruikbepalingen. Vóór 2006 was bijvoorbeeld de hoofdregel bij fusie of splitsing dat het overgebrachte vermogen tegen de boekwaarde op de slotbalans kwam te staan. Het doorschuiven van de fiscale claim gold dus als hoofdregel. Door de wetwijziging in 2006 (SEStEG) werd de hoofdregel dat er in beginsel gewaardeerd moet worden tegen de waarde in het economische verkeer, inhoudende dat er in beginsel afgerekend moet worden. Op verzoek kan een faciliteit (doorschuiving van de claim) worden verkregen. De wetgever gaf als argument voor deze wijziging dat de Europeanisering ertoe noopte om de fiscale claim op de fiscale meerwaarden zeker te stellen.¹⁴⁵⁹ Een andere belangrijke wijziging betreft de blokkering van het kunnen doorschuiven van (nog te verrekenen) verliezen van de fuserende of splitsende vennootschap naar de overnemende partij. In het UmwStG 1995 was het nog mogelijk dat de overnemende partij ook de nog te verrekenen verliezen van de overdrager of splitser kon overnemen. Door het UntStFG en StEntlG 1999/2000/2002 werd deze mogelijkheid ingeperkt en afhankelijk gemaakt van voorwaarden en vanaf eind 2006 door de SEStEG definitief geschrapt. De wetgever voerde als argument aan ongewenste structuren tegen te gaan die een optimalisatie van verliesverrekening ten doel hadden. Daarnaast was het de angst voor grensoverschrijdende verliesverrekeningsmogelijkheden die de wetgever er toe bracht dat de fiscale indeplaatstreding voortaan niet meer gold (en geldt) ten aanzien van verliesverrekening.¹⁴⁶⁰ Op hoofdlijnen kan volgens Schmitt e.a. gesteld worden dat sinds de inwerkingtreding het UmwStG diverse malen is aangepast, waarmee vaak een verduidelijking van een bepaald begrip werd beoogd of volgens de wetgever ongewenste gevolgen (vaak voordelen voor de belastingplichtige) werden voorkomen. Dit waren enerzijds daadwerkelijk gerealiseerde voordelen, anderzijds vermeende voordelen. In het bijzonder valt daarbij te denken aan ongewenste verliesverrekening en vergroting van het afschrijvingspotentieel op bedrijfsmiddelen. Wijzigingen in het UmwStG hebben volgens hem van oudsher dus een beperkende werking.¹⁴⁶¹

10.3.3 Ratio

Als hoofdregel geldt in het UmwStG bij fusie en splitsing dat er afgerekend moet worden over de fiscale meerwaarden van hetgeen is overgedragen. Deze fiscale afrekening kan worden uitgesteld door toepassing van een fusie, of splitsingsfaciliteit. Möhlenbrock geeft aan dat het UmwStG de uitzonderingen op fiscale eindafrekening (*Entstrickungsbesteuerung*) regelt.¹⁴⁶² Onder *Entstrickung* wordt verstaan elke transactie waardoor het Duitse recht op belastingheffing vervalt of wordt beperkt.¹⁴⁶³ Dit heeft tot gevolg dat onmiddellijke realisatie van stille reserves ontstaat.¹⁴⁶⁴

¹⁴⁵⁷ SEStEG, 7 december 2006, BGBl. I 2006, 2782 (2791).

¹⁴⁵⁸ Naast de Fusierichtlijn zelf betreft het HvJ EU 11 maart 2004, nr. C-9/02 (Lasteyrie du Saillant), DStR 2004, 551; HvJ EU 7 september 2006, nr. C-479/04 (zaak N), DStR 2006, 1691; HvJ EU 21 november 2002, nr. C-426/00 (X en Y), DStRE 2003, 400; HvJ EU 13 december 2005, nr. C-411/03, DStR 2006, 49.

¹⁴⁵⁹ 25 september 2006, BT-Drucks. 16/2710, blz. 27. Voor kritiek op deze systematiekwijziging zie Rödder/Herlinghaus/Van Lishaut, UmwStG, 2. Aufl. §12 Rz.7 en Rödder/Schumacher, Das kommende SEStEG - Teil II: Das geplante neue Umwandlungssteuergesetz - Der Regierungsentwurf eines Gesetzes über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften, DStR 2006, blz. 1525.

¹⁴⁶⁰ BMF-Pressemitteilung Nr. 89/2006 v. 12 juli 2006 en BT-DRs. 15/119, blz. 45. Voor een uiteenzetting zie ook Rödder/Herlinghaus/Van Lishaut, UmwStG, 2. Aufl. §12 UmwStG, Rz. 104-111.

¹⁴⁶¹ Schmitt/Hörtnagl/Stratz, Umwandlungsgesetz - Umwandlungssteuergesetz, München: Beck 2006, blz. 1110.

¹⁴⁶² Dötsch/Patt/Pung/Möhlenbrock, Umwandlungssteuerrecht⁷, Einf. UmwStG, Rz. 81.

¹⁴⁶³ I. Berger, Zakendoen in Duitsland, V.10.3.

¹⁴⁶⁴ De tegenhanger van *Entstrickung* is *Verstrickung*. Dit betekent dat bij het ontstaan van de Duitse belastingplicht als beginwaarde de waarde wordt gehanteerd die in het buitenland als overdrachtswaarde geldt, met als bovengrens de waarde in het economische verkeer.

Er is weinig discussie over de achtergrond (ratio) van de fusie- en splitsingsfaciliteiten. De bewoordingen in de Preamble van de Fusierichtlijn (zie hoofdstuk 10.1.1) geven mijns inziens de kern goed weer. In Duitsland bestaat er nationaal ook weinig discussie over de ratio van de fusie- en splitsingsfaciliteiten. Het voornaamste doel van het UmwG en UmwStG is het vereenvoudigen van herstructureringen en het wegnemen van fiscale hindernissen. De gedachte is dat het economisch wenselijk is dat civielrechtelijk mogelijke reorganisaties niet door fiscale gevolgen worden gehinderd.¹⁴⁶⁵

In Duitsland geldt als hoofdregel het *Individualprinzip*, inhoudende dat fiscale meerwaarden bij de overgang van vermogen op een ander belastingsobject fiscaal worden belast. Rödder en Montag geven aan dat reorganisaties in principe niet zozeer plaatsvinden om winst te maken, maar meer om het concern in staat te stellen in de toekomst meer winst te laten halen. Op grond van dit zogenoemde *Markteinkommensprinzip* en *Übermaßverbot* wordt het gerechtvaardigd geacht om het *Individualprinzip* bij reorganisaties te doorbreken (als later heffing verzekerd is).¹⁴⁶⁶

De ratio van het UmwG en UmwStG werd in 1995, bij de grondige hervorming nog eens aangehaald. Het doel van de invoering van het UmwG was om de huidige regeling uit de verschillende wetten bij elkaar te zetten en samen te vatten. Bovendien zouden nieuwe reorganisatiemogelijkheden het makkelijker voor ondernemingen moeten maken juridische structuren aan te passen aan veranderende bedrijfsomstandigheden. Het was volgens de wetgever noodzakelijk om bij de introductie van een UmwG ook de fiscale regelingen te hervormen, omdat het belastingrecht aanknoopt bij het civiele recht. Daardoor worden bedrijfseconomisch gewenste en civielrechtelijk mogelijke reorganisaties niet door fiscale gevolgen gehinderd, die zonder de bijzondere regels van het UmwStG van toepassing zouden zijn.¹⁴⁶⁷

10.3.4 De voorwaarden en reikwijdte

10.3.4.1 Aandelenfusie (*Anteilstausch*)

Bij een aandelenfusie dragen de aandeelhouders van de ene vennootschap (*Übertragende Gesellschaft*) hun aandelen over aan een andere vennootschap (*Übernehmende Gesellschaft*). Die aandeelhouders krijgen daarvoor aandelen in de overnemende vennootschap. De aandelenfusie wordt expliciet geregeld in het UmwStG. In §21 UmwStG is de waardering van de aandelen bij de aandelenruil geregeld, in §22 UmwStG de belastingheffing van de aandeelhouders en in §23 UmwStG de gevolgen bij de overnemende vennootschap.

Bij de overdracht van de aandelen tegen uitreiking van nieuwe aandelen moet de overnemende vennootschap de aandelen in beginsel tegen de waarde in het economische verkeer (*gemeinen Wert*) waarderen. In afwijking hiervan mogen de aandelen op verzoek van de overnemende vennootschap tegen boekwaarde (*Buchwert*) of een tussenwaarde¹⁴⁶⁸ worden ingebracht. De voorwaarden hiervoor zijn als volgt:

- De overnemende vennootschap moet een zodanig aandelenbezit verwerven dat zij nadien de meerderheid van de stemrechten bij de verkregen vennootschap kan uitoefenen.
- Aandelen mogen in beginsel alleen tegen aandelen geruild worden. De waarde in het economische verkeer van overige tegenprestaties mag niet meer bedragen dan
 - 25% van de boekwaarde van de ingebrachte aandelen, of
 - € 500.000, hoogstens echter de boekwaarde van de ingebrachte aandelen.

¹⁴⁶⁵ 24 februari 1994, BT-Drucksache 12/6884, blz. 14.

¹⁴⁶⁶ Montag in Tipke/Lang, Steuerrecht Tipke/Lang²², Steuerrecht, §14, Rz. 44. Rödder in Rödder/Herlinghaus/Van Lishaut, UmwStG, 2. Aufl. Einführung, Rz.1-4.

¹⁴⁶⁷ 10 februari 1994, BR-Drucks. 132/94, blz. 34. "Dadurch werden betriebswirtschaftlich erwünschte und handelsrechtlich zukünftig mögliche Umstrukturierungen der Wirtschaft nicht durch steuerliche Folgen behindert, die ohne die besondere Regelung des Umwandlungssteuerrechts eintreten würden."

¹⁴⁶⁸ In het UmwStG staat: "[...] können die eingebrachten Anteile auf Antrag mit dem Buchwert oder einem höheren Wert, höchstens jedoch mit dem gemeinen Wert, angesetzt werden [...]".

- Het heffingsrecht voor Duitsland mag niet worden uitgesloten of worden beperkt.
- Als de vervreemdingswinst op de ingebrachte aandelen op grond van art. 8 Fusierichtlijn niet door Duitsland mag worden belast, houdt Duitsland zich het recht voor om, ongeacht de verdragstoepassing, de vervreemdingswinst op de nieuwe aandelen te belasten (op dezelfde manier waarop het de ingebrachte aandelen zou hebben belast).¹⁴⁶⁹
- Als op het moment van inbreng van de aandelen de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing zou zijn geweest, geldt er een vervreemdingsverbod van zeven jaren ten aanzien van de ingebrachte aandelen (§22, Abs. 2 UmwStG). Als de overnemende vennootschap de aandelen onmiddellijk of middellijk binnen zeven jaar vervreemdt, wordt alsnog de waarde in het economische verkeer van de aandelen ten tijde van de inbreng bij de aandeelhouder in aanmerking genomen. De winst die daaruit ontstaat wordt *Einbringungsgewinn II* genoemd. Rekenkundig is dat de winst verminderd met de eventuele inbrengingskosten en per jaar verminderd voor 1/7 deel.¹⁴⁷⁰ Doel van deze antimisbruikbepaling is het vermijden van in de ogen van de wetgever ongewenst gebruik van (deelnemings)vrijstellingen, of ontwijken van binnenlandse belastingheffing.¹⁴⁷¹ Deze antimisbruikbepaling kent geen tegenbewijsregeling. Na zeven jaar wordt er geen misbruik meer verondersteld. Op de inbrenger van de aandelen (de aandeelhouder) rust ieder jaar de bewijslast dat nog voldaan is aan de zeven jaren eis (§22, Abs. 3 UmwStG).

Deze antimisbruikbepaling wordt in de literatuur veel bekritiseerd. Zo wijst Graw er op dat bijvoorbeeld bij de aandelenfusieovereenkomsten al rekening gehouden moet worden met het feit dat de overnemende vennootschap een rechtshandeling kan verrichten (verkoop van de ingebrachte aandelen binnen zeven jaar) die fiscale gevolgen heeft voor een andere partij, in dit geval, de aandeelhouder.¹⁴⁷² Jehl-Magnus wijst op allerlei praktische problemen bij bijvoorbeeld reorganisaties die in verschillende stappen plaatsvinden.¹⁴⁷³ Montag merkt op dat deze antimisbruikbepaling zeer complex is en gepaard gaat met buitenproportionele administratieve lasten.¹⁴⁷⁴ Daarnaast wordt de zevenjaarstermijn (veel te lang om misbruik te veronderstellen) in strijd met de Fusierichtlijn geacht.¹⁴⁷⁵ De recente arresten *Euro park Service*¹⁴⁷⁶ en *Eqiom en Enka*¹⁴⁷⁷ van het Europese Hof van Justitie lijken deze zienswijze te bevestigen. Uit de arresten volgt dat een algemeen bewijsvermoeden niet mag worden gehanteerd. Het bewijsvermoeden moet specifiek gericht zijn op het bestrijden van misbruik. De feiten en omstandigheden die het bewijsvermoeden in werking doen treden, moeten een daadwerkelijk vermoeden van belastingfraude of -ontwijking oproepen.¹⁴⁷⁸

¹⁴⁶⁹ Zie ook UmwSt-besluit (punt 21.15).

¹⁴⁷⁰ Als een deel van de aandelen wordt vervreemd geldt een pro rata benadering. Als de antimisbruikbepaling van toepassing is geldt overigens bij de overnemende partij een step up bepaling (zodat er geen dubbele belastingheffing plaatsvindt). Dit is geregeld in §23 Abs. 2 UmwStG.

¹⁴⁷¹ Zie hierover uitgebreid Stangl in Rödder/Herlinghaus/Van Lishaut, UmwStG, 2. Aufl. §22, Rz.7. De antimisbruikbepaling zal dus hoofdzakelijk van toepassing zijn op natuurlijk personen (en volgens de Belastingdienst ook vennootschappen waarbij de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing zou zijn geweest). Op deze manier wordt bijvoorbeeld getracht te voorkomen dat natuurlijke personen aandelen inbrengen (tegen ruil van aandelen) en dat deze aandelen vervolgens door de overnemende vennootschap worden verkocht. Op deze manier zou de vervreemdingswinst van de oorspronkelijke aandelen (die in eerste instantie belast zouden zijn met inkomstenbelasting) door de aandelenfusie nauwelijks belast zijn door toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

¹⁴⁷² Zie Graw in Bordewin/Brandt, Kommentar zum Einkommensteuergesetz, Stuttgart, §22, Rz.192

¹⁴⁷³ Jehl-Magnus in Goebel/Ungemach, Praktiker-Kommentar Umwandlung von Unternehmen, HDS Verlag, 2014, §22, Rz. 11-57.

¹⁴⁷⁴ Montag in Tipke/Lang, Steuerrecht Tipke/Lang²², Steuerrecht, §14, Rz.71.

¹⁴⁷⁵ Watermeyer in Hermann/Heuer/Raupach, §8b KStG, Anm.175.

¹⁴⁷⁶ HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16 (*Euro park Service*), V-N 2017/17.12.

¹⁴⁷⁷ HvJ EU 7 september 2017, C-6/16 (*Eqiom en Enka*), V-N 2017/44.19.

¹⁴⁷⁸ In gelijke zin E. Boomsliuter, Bewijsvermoedens in de Wet VPB 1969: de grenzen verder aangescherpt, WFR 2018/60.

Er worden geen eisen gesteld aan de aandeelhouders die de aandelen inbrengen. De aandeelhouders kunnen dus (binnenlandse of buitenlandse) natuurlijke personen, personenvennootschappen of rechtspersonen zijn.

De waarde van de ingebrachte aandelen die door de overnemende vennootschap is gekozen, geldt als vervreemdingsprijs van de ingebrachte aandelen en ook als de verkrijgingsprijs van de uitgereikte aandelen (eventueel verminderd met de waarde van de tegenprestatie die niet uit aandelen bestaat). Als gekozen is voor een waarde onder de waarde in het economische verkeer, waardoor er nog niet of deels niet hoeft te worden afgerekend dan treedt de overnemende vennootschap in de fiscale rechtspositie (*steuerliche Rechtsstellung*) van de overdragende vennootschap (§23 Abs.1, S.1 jo. §4 Abs. 2 S.3 en §12 Abs. 3 UmwStG).

10.3.4.2 Bedrijfsfusie ("Ausgliederung" en "Einbringung von Unternehmensteilen")

De bedrijfsfusie zoals we die in Nederland kennen is vergelijkbaar met "de inbreng van een onderneming tegen uitreiking van aandelen" en "*Ausgliederung*" in Duitsland.

10.3.4.2.1 Inbreng van een onderneming (*Betrieb*) [...] tegen uitreiking van aandelen

In Duitsland is het mogelijk om een onderneming (*Betrieb*), deel van de onderneming (*Teilbetrieb*) of een participatie (*Mitunternehmeranteil*) in een ondernemende personenvennootschap, of personenvennootschap in te brengen tegen uitreiking van aandelen. Dit kan vormgegeven worden door het hieronder separaat beschreven *Ausgliederung* of door een overdracht onder bijzondere titel (*Einzelrechtsnachfolge*).¹⁴⁷⁹ In §20 UmwStG staan regels omtrent de inbreng van ondernemingsdelen in een kapitaalvennootschap of coöperatie. §22 UmwStG regelt de belastingheffing van de aandeelhouders en §23 UmwStG de gevolgen bij de overnemende vennootschap. Deze laatste twee bepalingen zijn overeenkomstig van toepassing bij de in hoofdstuk 10.3.4.1 besproken aandelenfusie (*Anteiltausch*), waarbij aandelen worden ingebracht tegen uitreiking van aandelen.

Bij de inbreng van een onderneming, deel van de onderneming of commanditaire participatie in een vennootschap (of coöperatie) moet de overnemende vennootschap het ingebrachte in beginsel tegen de waarde in het economische verkeer (*gemeinen Wert*) waarderden. In afwijking hiervan mogen de ingebrachte aandelen op verzoek tegen boekwaarde (*Buchwert*) of een tussenwaarde worden ingebracht. De voorwaarden voor een fusie tegen boekwaarde of tussenwaarde zijn als volgt:

- Bij de inbreng moet het gaan om een *Betrieb*, *Teilbetrieb* of *Mitunternehmeranteils*.¹⁴⁸⁰
- Het moet zeker gesteld zijn dat de vermogensbestanddelen bij de overnemende vennootschap later onderhevig zijn aan *Körperschaftsteuer*.
- De passiva van het ingebrachte vermogen mogen niet groter zijn dan de activa, waarbij het eigen vermogen niet meetelt.
- Het heffingsrecht voor Duitsland mag niet worden uitgesloten of worden beperkt.
- Als tegenprestatie geldt in principe uitreiking van aandelen. De waarde in het economische verkeer van overige tegenprestaties mag niet meer bedragen dan
 - 25% van de boekwaarde van het ingebrachte vermogen, of
 - € 500.000, hoogstens echter de boekwaarde van de ingebrachte aandelen.¹⁴⁸¹
- Voor de inbrenger geldt er een vervreemdingsverbod van zeven jaren ten aanzien van de uitgereikte aandelen (§22 Abs. 1 UmwStG). Als de inbrengende partij de ontvangen aandelen onmiddellijk of middellijk binnen zeven jaar vervreemdt (of één van de genoemde in §22 Abs. 1 UmwStG besmettelijke rechshandelingen vindt plaats), wordt alsnog de waarde in het economische verkeer van de ingebrachte (deel)onderneming ten tijde van de inbreng bij de inbrenger in aanmerking genomen. De winst die daaruit ontstaat wordt *Einbringungsgewinn I*

¹⁴⁷⁹ Zie bijvoorbeeld Klingebiel/Patt/Rasche/Krause, Umwandlungssteuerrecht, Schäffer-Poeschel Verlag Stuttgart, 3^e Auflage, blz.12.

¹⁴⁸⁰ De begrippen worden hieronder, met uitzondering van de inbreng van *Mitunternehmersanteils* (dat gaat over personenvennootschappen en in principe valt dat het bestek van mijn onderzoek te buiten), nader toegelicht.

¹⁴⁸¹ Dit is een relevant verschil ten opzichte van *Ausgliederung*. Bij *Ausgliederung* mag de tegenprestatie louter uit aandelen bestaan.

genoemd. Rekenkundig is dat de winst verminderd met de eventuele inbrengingskosten en verminderd per jaar voor 1/7 deel.¹⁴⁸² Het doel van deze antimisbruikbepaling is het vermijden van in de ogen van de wetgever ongewenste gebruik van (deelnemings)vrijstellingen, of ontwijken van binnenlandse belastingheffing.¹⁴⁸³ Deze antimisbruikbepaling kent geen tegenbewijsregeling. Na zeven jaar wordt er geen misbruik meer verondersteld. Op de inbrenger rust ieder jaar de bewijslast dat nog voldaan is aan de zevenjaarseis (§22 Abs. 3 UmwStG).

Deze antimisbruikbepaling wordt in de literatuur veel bekritiseerd. Jehl-Magnus wijst op allerlei praktische problemen bij bijvoorbeeld reorganisaties die in verschillende stappen plaatsvinden.¹⁴⁸⁴ Montag merkt op dat deze antimisbruikbepaling zeer complex is en gepaard gaat met buitenproportionele administratieve lasten.¹⁴⁸⁵

De waarde van de ingebrachte aandelen die door de overnemende vennootschap is gekozen, geldt als vervreemdingsprijs van de ingebrachte aandelen en als de verkrijgingsprijs van de uitgereikte aandelen (eventueel verminderd met de waarde van de tegenprestatie die niet uit aandelen bestaat). Als gekozen is voor een waarde onder de waarde in het economische verkeer, waardoor er nog niet of deels niet hoeft te worden afgerekend dan treedt de overnemende vennootschap in de fiscale rechtspositie (*steuerliche Rechtsstellung*) van de overdragende vennootschap (§23 Abs. 1, S. 1 jo §4 Abs. 2 S.3 en §12 Abs. 3 UmwStG).

In Duitsland is het ook mogelijk dat een onderneming, deel van een onderneming of participatie in een personenvennootschap wordt ingebracht. De fiscale bepalingen rondom deze mogelijkheid staan in §24 UmwStG.

Het begrip onderneming (*Betrieb*)

Er is geen definitie in het UmwStG te vinden van het begrip onderneming (*Betrieb*). Voor de uitleg van het begrip wordt vaak aangesloten bij het begrip in het EStG en de daarbij van toepassing zijnde jurisprudentie. Een *Betrieb* kan in principe van alles zijn, het kan gaan om diverse ondernemingsvormen zoals een landbouw of bosbouwbedrijf, een onderneming voor de *Gewerbsteuer*, een vermogen, of een zelfstandige (beroeps)activiteit.¹⁴⁸⁶ Volgens het UmwStG-besluit is er sprake van de inbreng van een *Betrieb* als alle functioneel wezenlijke activa (*sämtliche funktional wesentlichen Betriebsgrundlagen des Betriebs*) worden ingebracht. Er is in Duitsland - net als bij het begrip *Teilbetrieb* - veel discussie over de invulling en reikwijdte van het begrip. De kern van de discussie is óf er moet worden aangesloten bij de omschrijving van het begrip in de *Einkommensteuer*, welke elementen wel of niet moeten worden meegewogen bij het vaststellen van een *Betrieb* en of de interpretatie in het UmwStG-besluit wel overeenstemt met de Fusierichtlijn, de jurisprudentie en de ratio van de faciliteiten.¹⁴⁸⁷

Het begrip zelfstandig deel van een onderneming (*Teilbetrieb*)¹⁴⁸⁸

¹⁴⁸² Als een deel van de aandelen wordt vervreemd, geldt een pro rata benadering. Als de antimisbruikbepaling van toepassing is geldt overigens bij de overnemende partij een step up bepaling (zodat er geen dubbele belastingheffing plaatsvindt). Dit is geregeld in §23 Abs. 2 UmwStG.

¹⁴⁸³ Zie hierover uitgebreid Stangl in Rödder/Herlinghaus/Van Lishaut, UmwStG, 2. Aufl. §22, Rz.7.

¹⁴⁸⁴ Jehl-Magnus in Goebel/Ungemach, Praktiker-Kommentar Umwandlung von Unternehmen, HDS Verlag, 2014, §22, Rz. 11-57.

¹⁴⁸⁵ Montag in Tipke/Lang, Steuerrecht Tipke/Lang²², Steuerrecht, §14, Rz.71.

¹⁴⁸⁶ Klingebiel/Patt/Rasche/Krause, Umwandlungssteuerrecht, Schäffer-Poeschel Verlag Stuttgart, 3^e Auflage, blz.377.

¹⁴⁸⁷ Zie hierover uitgebreid Herlinghaus in Rödder/Herlinghaus/Van Lishaut, UmwStG, 2. Aufl. §20, Rz.25-57 en Klingebiel/Patt/Rasche/Krause, Umwandlungssteuerrecht, Schäffer-Poeschel Verlag Stuttgart, 3^e Auflage, blz. 376-403.

¹⁴⁸⁸ Voor een uiteenzetting van dit begrip verwijs ik onder meer naar Rödder/Herlinghaus/Van Lishaut, UmwStG, 2. Aufl. §15, Rz.121-146; Dötsch/Patt/Pung/Möhlenbrock, Umwandlungssteuerrecht, 7^e Auflage, 2012,

Bij de juridische splitsing en bij de inbreng van een onderneming neemt het begrip zelfstandig deel van een onderneming een belangrijke plaats in (*Teilbetrieb*). Het begrip komt niet alleen in de UmwStG voor maar op meerdere plekken in de Duitse wet, waaronder in het EStG. Het begrip is nergens wettelijk gedefinieerd, maar door het *Bundesfinanzhof* nader ingevuld. Volgens de Duitse Hoge Raad moet onder *Teilbetrieb* worden verstaan "een met bepaalde zelfstandigheid uitgerust, organisatorisch gedeelte van een gehele onderneming, die zelfstandig levensvatbaar is".¹⁴⁸⁹ Opvallend is dat bij fictie onder *Teilbetrieb* ook wordt verstaan participaties in een (ondernemende) personenvennootschap (*Mitunternehmeranteil*) en een 100% deelneming in een kapitaalvennootschap (*die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, die das gesamte Nennkapital der Gesellschaft umfasst*) (§15 Abs. 1, Satz 3 UmwStG).

In Duitsland is er discussie of het begrip nationaalrechtelijk in de *Einkommensteuer* anders moet worden uitgelegd dan in het UmwStG. Bijvoorbeeld Schulz & Fehrenbacher beargumenteren dat beide wetten een andere doel hebben zodat een afwijkende interpretatie gerechtvaardigd zou zijn.¹⁴⁹⁰

Dötsch & Pung geven een overzicht van de verschillende interpretatiemogelijkheden van het begrip *Teilbetrieb*. Zij onderscheiden vier zienswijzen, namelijk (i) het *Teilbetrieb* begrip uit het EStG geldt, (ii) het *Teilbetrieb* uit de Fusierichtlijn geldt (iii) voor binnenlandse situaties geldt het begrip uit het EStG en voor grensoverschrijdende situaties het begrip uit de Fusierichtlijn en (iv) voor zover het begrip in de Fusierichtlijn ruimhartiger is voor belastingplichtigen geldt deze, anders het nationale. Zij geven aan dat zowel de Belastingdienst als de meeste auteurs in de literatuur van mening zijn dat het begrip uit de Fusierichtlijn geldt.¹⁴⁹¹

In het UmwStG-besluit wordt het nationaalrechtelijk in de (EStG) jurisprudentie ontstane *Teilbetrieb* begrip inderdaad (deels) losgelaten. In dit besluit staat dat het begrip uit de Europese Fusierichtlijn "tak van bedrijvigheid" leidend is bij Duitse reorganisaties.¹⁴⁹² Het verwarrende is echter dat de definitie uit de Richtlijn niet zelf (wettelijk) is opgenomen in het UmwStG en dat in het besluit op bepaalde punten wordt vastgehouden aan het oude (nationaalrechtelijke) in de jurisprudentie ontwikkelde begrip.¹⁴⁹³

UmwStG §15, Rz. 68-69 en Graw, Der Teilbetrieb im Umwandlungssteuerrecht nach dem Umwandlungssteuer-Erlass 2011, IFSt nr. 488, Berlin, Mai 2013.

¹⁴⁸⁹ Zie bijvoorbeeld BFH 26.04.1979 - IV R 199/76 [MAAAA-91440], BStBl 1979 II, blz. 557 en BFH 12.04.1989 - I R 105/85 [IAAAA-929180, BStBl 1989 II, blz. 653. "Ein Teilbetrieb wird angenommen, wenn ein mit gewisser Selbständigkeit ausgestatteter, organisatorisch geschlossener Teil eines Gesamtbetriebs vorliegt, der für sich alleine lebensfähig ist."

¹⁴⁹⁰ Zie onder andere Schulz/Fehrenbacher, Nationaler vs europäischer Teilbetriebsbegriff, Steuerstud Nr. 7, 30 juni 2016, blz. 419 e.v. Zie ook Graw, Der Teilbetrieb im Umwandlungssteuerrecht nach dem Umwandlungssteuer-Erlass 2011, IFSt nr. 488, Berlin, Mai 2013, hoofdstuk 3 en 4.

¹⁴⁹¹ Dötsch/Patt/Pung/Möhlenbrock, Umwandlungssteuerrecht, 7^e Auflage, 2012, UmwStG §15, Rz. 68-69.

¹⁴⁹² Zie UmwStG- besluit, punt 15.02. In Duitsland wordt "tak van bedrijvigheid" als volgt vertaald: *Teilbetrieb ist die Gesamtheit der in einem Unternehmensteil einer Gesellschaft vorhandenen aktiven und passiven Wirtschaftsgüter, die in organisatorischer Hinsicht einen selbständigen Betrieb, d.h. eine aus eigenen Mitteln funktionsfähige Einheit, darstellen, vgl. Artikel 2 Buchstabe j RL 2009/133/EG (ABl. EG Nr. L 10, S. 34.*

¹⁴⁹³ Schulz/Fehrenbacher, Nationaler vs europäischer Teilbetriebsbegriff, Steuerstud Nr. 7, 30 juni 2016, blz. 419 e.v en en Prinz/Hütig, Aktuelles Know-how zum Teilbetriebsbegriff, Stub Nr. 12, 22 juni 2012, blz.484 e.v. Volgens Schulz/Fehrenbacher laat het besluit (op dit punt) veel vragen open en werpt het tot op de dag van vandaag nieuwe vragen op.

Montag¹⁴⁹⁴ wijst er op dat deze gewijzigde uitleg van het begrip *Teilbetrieb* in het besluit niet volgt uit de wet, niet past bij de ratio van de wet, de parlementaire uitlatingen¹⁴⁹⁵ en de jurisprudentie van het *Bundesfinanzhof*. Dit leidt volgens hem tot onvoorzienbare en willekeurige rechtsgevolgen die volledig in contrast staan met het (in hoofdstuk 10.3.3 besproken) doel van het UmwStG.¹⁴⁹⁶ Graw laat zich in gelijke bewoordingen uit. Volgens hem zijn er nog veel verschillen tussen het begrip in de Fusierichtlijn en het begrip in het UmwStG en is nog lang niet alles duidelijk.¹⁴⁹⁷ Ook Kessler & Spengel¹⁴⁹⁸, Neumann¹⁴⁹⁹, en Greil¹⁵⁰⁰ wijzen op de EU-rechtelijke bezwaren ten aanzien van het begrip *Teilbetrieb*.

10.3.4.2.2 Ausgliederung

Ausgliederung is in Duitsland civielrechtelijk een vorm van afsplitsing, waarbij een deel of meerdere delen van het vermogen van de overdrager onder algemene titel (*Gesamtrechtsnachfolge*) overgaat op één of meerdere bestaande of nieuw op te richten entiteiten (§123 Abs. 3 UmwG). Bij *Ausgliederung* worden aandelen toegekend aan de overdragende rechtspersoon zelf en dus niet aan de aandeelhouders van de splitsende rechtspersoon. *Ausgliederung* is aan de ene kant vergelijkbaar met de Nederlandse concernsplitsing. Bij de concernsplitsing (ook wel hybride splitsing genoemd, art. 2.334c BW) wordt echter als voorwaarde gesteld dat de verkrijgende rechtspersoon een bij de splitsing opgerichte NV of BV is.¹⁵⁰¹ *Ausgliederung* kan daarentegen ook worden toegepast bij reeds bestaande verkrijgende rechtspersonen. *Ausgliederung* is daarmee aan de andere kant vergelijkbaar met de bedrijfsfusie zoals we die in Nederland kennen. Anders dan de bedrijfsfusie in Nederland is *Ausgliederung* civielrechtelijk geregeld in het UmwG. Eén van de voorwaarden bij de splitsingsfaciliteit in Duitsland (dus ook bij *Ausgliederung*) is dat er (minstens) sprake moet zijn van een *Teilbetrieb*. Deze voorwaarde is te vergelijken met de bedrijfsfusiefaciliteit voorwaarde dat er sprake moet zijn van een zelfstandig onderdeel van de onderneming. De overige voorwaarden en reikwijdte van *Ausgliederung* zijn dezelfde als bij de hierboven besproken inbreng die is geregeld in §20 tot §23 UmwStG.

10.3.4.3 Juridische fusie (Verschmelzung)

De fiscale gevolgen van een juridische fusie tussen twee rechtspersonen zijn geregeld in deel 3 (§§11-13) UmwStG. De fuserende rechtspersoon moet in beginsel de waarde in het economische verkeer (*gemeinen Wert*) van de overgedragen vermogensbestanddelen in de slotbalans opnemen. Op verzoek kan er echter voor gekozen worden om de boekwaarde (*Buchwert*) of een tussenwaarde op te nemen in de slotbalans. De voorwaarden hiervoor zijn als volgt (§11 Abs. 2 UmwStG):

¹⁴⁹⁴ Montag in Tipke/Lang, *Steuerrecht* Tipke/Lang²², *Steuerrecht*, §14, Rz.65.

¹⁴⁹⁵ 25 september 2009, BT-Drucks. 16/2710, blz. 35. Daar merkt de wetgever op: "*Die Regelungen zur Spaltung (waar het begrip "Teilbetrieb" een belangrijke rol speelt) werden im Grundsatz materiell unverändert übernommen.*"

¹⁴⁹⁶ Ook uit eigen praktijkervaring kan ik aangeven dat de discussie over wat verstaan moet worden onder "*Teilbetrieb*" leidt tot rechtsonzekerheid met betrekking tot de faciliteit (een *buchwertneutrale Umwandlung*) en dat het bij de aanvraag om een *Verbindliche Auskunft* om vele kleine details gaat wat betreft de afbakening van het begrip.

¹⁴⁹⁷ Graw, *Der Teilbetrieb im Umwandlungssteuerrecht nach dem Umwandlungssteuer-Erlass 2011*, IFSt nr. 488, Berlin, Mai 2013, blz. 67.

¹⁴⁹⁸ W. Kessler / C. Spengel, *Checkliste potenziell EU-rechtswidriger Normen des deutschen direkten Steuerrechts*, *Der Betrieb*, Beilage 01 zu Heft Nr. 05, 3 februari 2017.

¹⁴⁹⁹ Schumacher/Neumann, *Ausgewählte Zweifelsfragen zur Auf- und Abspaltung von Kapitalgesellschaften und Einbringung von Unternehmensteilen in Kapitalgesellschaften*, DStR 2008, blz.325.

¹⁵⁰⁰ S. Greil, *Ein neues Teilbetriebsverständnis im Steuerrecht*, StuW 1/2011, blz. 90.

¹⁵⁰¹ In de Nederlandse literatuur wordt hier echter ook anders over gedacht. Bijvoorbeeld Koster en Leemrijse wijzen er op dat een civielrechtelijke afsplitsing ook mogelijk zou moeten zijn op een bestaande (dochter)vennootschap tegen uitreiking van aandelen aan splitsende vennootschap. H. Koster, *De Nederlandse juridische splitsing in Europees en rechtsvergelijkend perspectief*, Serie vanwege het Van der Heijden instituut, Kluwer 2009, paragraaf 10.4. J.J.C.A. Leemrijse, *De driehoekssplitsing binnen moeder-dochterverhoudingen*, *Vennootschap & Onderneming* 2003, nr. 11, blz. 182-185.

- Het moet zijn zeker gesteld dat de vermogensbestanddelen (*Wirtschaftsgüter*) bij de overnemende vennootschap later onderhevig zijn aan *Körperschaftsteuer*.
- Het heffingsrecht voor Duitsland wordt bij de overnemende rechtspersoon ten aanzien van de belastingheffing over de vervreemdingswinst niet uitgesloten of beperkt.
- De overdrager mag geen tegenpresentatie verkrijgen, of alleen een tegenpresentatie bestaande uit aandelen (*Gesellschaftsrechten*) in de overnemende rechtspersoon.

De overnemende partij neemt de waarden van de slotbalans van de overdrager over en treedt in de plaats van de fiscale rechtspositie van de overdrager (§12 UmwStG). Dit wordt ook wel de *Fußstapfentheorie* genoemd.¹⁵⁰² In de UmwStG is expliciet bepaald dat de fiscale indeplaatstreding geldt voor de waardering van de overgenomen activa, afschrijvingen (als een tussenwaarde wordt gekozen, worden de jaarlijkse afschrijvingen opnieuw vastgesteld) en fiscale reserves. De fiscale indeplaatstreding geldt niet ten aanzien van in de loop van het jaar ontstane verliezen en nog te verrekenen verliezen, nog niet in aanmerking genomen negatieve inkomsten, de in hoofdstuk 7.3.3.2. besproken doorgeschoven rente en EBITDA. Uit angst voor grensoverschrijdende verliesverrekeningsmogelijkheden en om ongewenste structuren tegen te gaan die een optimalisatie van verliesverrekening ten doel hebben, voerde de wetgever in 2006 de regeling in (zie hoofdstuk 10.3.2.) dat de fiscale indeplaatstreding niet meer gold (en geldt) ten aanzien van verliesverrekening.¹⁵⁰³ De wettelijke beperking dat verliezen achterblijven bij de overdrager en de argumentatie van de wetgever daarbij, leidde in de Duitse literatuur tot kritiek.¹⁵⁰⁴ Het verlies van de verliezen kan voor een deel worden ondervangen doordat de overdrager er voor kan kiezen om gedeeltelijk af te rekenen (voor zover het bedrag aan nog te verrekenen verliezen groot is). Echter, het in hoofdstuk 6.3.1 besproken systeem van *Mindestbesteuerung*, waardoor een winst in een jaar niet onbeperkt verrekenbaar is met nog te verrekenen verliezen, kan hier roet in het eten gooien.¹⁵⁰⁵

De aandeelhouder(s) van de overdragende vennootschap wordt geacht de aandelen te hebben vervreemd tegen de waarde in het economische verkeer. Op verzoek worden de aandelen in de overnemende vennootschap gesteld op de boekwaarde (tussenwaarde is niet mogelijk) van de overdragende vennootschap indien het heffingsrecht voor Duitsland over de vervreemdingswinst van de aandelen niet uitgesloten is of wordt beperkt (§13 UmwStG). De keuze van de aandeelhouder(s) om op verzoek de boekwaarde door te schuiven staat los van de keuze van de fuserende vennootschappen voor afrekening of doorschuiving tegen boekwaarde of tussenwaarde.¹⁵⁰⁶

¹⁵⁰² Voor een uiteenzetting van de fiscale indeplaatstreding zie ook Rödder/Herlinghaus/Van Lishaut, UmwStG, 2. Aufl. §12 Rz.97-114. In Klingebiel/Patt/Rasche/Krause, Umwandlungssteuerrecht, Schäffer-Poeschel Verlag Stuttgart, 3^e Auflage, wordt op blz. 102 beschreven dat er tussen de jurisprudentie, literatuur en Belastingdienst een theoretische discussie gaande is of er door de indeplaatstreding sprake is van een vervreemding of niet. In het UmwSt-besluit is in punt 04.14 het standpunt door de Belastingdienst ingenomen dat dit niet het geval is.

¹⁵⁰³ BMF-Pressemitteilung Nr. 89/2006 v. 12 juli 2006 en BT-DRs. 15/119, blz. 45.

¹⁵⁰⁴ Maiterth/Müller, Abschaffung der Verlustübernahme bei Verschmelzung von Körperschaften - steuersystematisch geboten oder fiskalisch motiviert? DStR 2006, blz.1861; Rödder/Herlinghaus/Van Lishaut, UmwStG, 2. Aufl. §12 UmwStG, Rz. 107 en de daarin opgenomen voetnoten 1, 2 en 3. Zie ook uitgebreid Rödder/Schumacher, Das kommende SEStEG - Teil II: Das geplante neue Umwandlungssteuergesetz - Der Regierungsentwurf eines Gesetzes über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften, DStR 2006, blz. 1525, paragraaf 5.3.2.

¹⁵⁰⁵ Ook hier komt weer de vraag naar boven of toepassing van de Mindestbesteuerung niet leidt tot strijdigheid met de grondwet, omdat het immers zeker zal zijn dat de fuserende vennootschap haar verliezen definitief niet meer kan verrekenen. Zie Klingebiel/Patt/Rasche/Krause, Umwandlungssteuerrecht, Schäffer-Poeschel Verlag Stuttgart, 3^e Auflage, blz. 12.

¹⁵⁰⁶ Rödder/Herlinghaus/Van Lishaut, UmwStG, 2. Aufl. §13 Rz.2a-2c.

In Duitsland is het ook mogelijk dat een rechtspersoon wordt gefuseerd in een personenvennootschap of een onderneming van een natuurlijke persoon. De fiscale bepalingen rondom deze fusiemogelijkheid staan in §§ 3-10 UmwStG.

10.3.4.4 Juridische splitsing (*Spaltung*)

De fiscale gevolgen van een juridische splitsing (zuivere splitsing, afsplitsing) zijn geregeld in deel 4 (§§15-16) UmwStG. Deze korte en bondige bepalingen verwijzen wat betreft de meeste voorwaarden en fiscale gevolgen naar bepalingen omtrent de fusie. Dit betekent dat indien vermogen van een rechtspersoon door een zuivere splitsing, afsplitsing, of vermogensoverdracht overgaat op een andere rechtspersoon de splitsende rechtspersoon in beginsel de waarde in het economische verkeer (*gemeinen Wert*) van de overgedragen vermogensbestanddelen in de slotbalans opneemt. Op verzoek kan er echter voor gekozen worden om de boekwaarde (*Buchwert*) of een tussenwaarde op te nemen in de slotbalans (§15 UmwStG). De voorwaarden hiervoor zijn als volgt:

- Bij een zuivere splitsing moet er naar (bei)de overnemende partijen een zelfstandig deel van de onderneming (*Teilbetrieb*) worden overgebracht; Bij een afsplitsing (en ook bij een overdracht van een deel van het vermogen) moet een zelfstandig deel van de onderneming worden overgebracht én bij de overdragende rechtspersoon een zelfstandig deel van de onderneming achterblijven (voor een uiteenzetting van het begrip “Teilbetrieb” verwijs ik naar hoofdstuk 10.3.4.2.1).
 - Bij fictie is bepaald dat onder *Teilbetrieb* ook wordt verstaan participaties in een (ondernemende) personenvennootschap (*Mitunternehmeranteil*) en een 100% deelneming in een kapitaalvennootschap (*die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, die das gesamte Nennkapital der Gesellschaft umfasst*) (§15 Abs. 1, Satz 3 UmwStG).
 - Doorschuiven tegen boekwaarde of tussenwaarde is echter niet mogelijk indien de commanditaire participaties alsmede de 100% deelnemingen in een kapitaalvennootschap in de drie jaren voorafgaand aan het splitsingstijdstip zijn verworven of zijn opgehoogd.
- De splitsing mag niet tot gevolg hebben dat aan derden (*außenstehende Personen*¹⁵⁰⁷) wordt verkocht, of dat er een verkoopvoornemen bestaat.
 - Er geldt een bewijsvermoeden inhoudende dat een verkoopvoornemen geacht wordt te bestaan indien binnen 5 jaar na het splitsingstijdstip meer dan 20%¹⁵⁰⁸ van de aandelen in de overdragende, of de overnemende rechtspersoon wordt vervreemd aan een derde. De belastingplichtige heeft geen tegenbewijsmogelijkheid. Ook deze anti-misbruikbepaling wordt in de literatuur sterk bekritiseerd, met name vanwege het ontbreken van de tegenbewijsmogelijkheid.¹⁵⁰⁹ In dat kader kan ook hier gewezen worden op de in hoofdstuk 10.3.4.1 al aangehaalde arresten Euro park Service¹⁵¹⁰ en Eqiom en Enka¹⁵¹¹ van het Europese Hof van Justitie. Uit de arresten volgt dat een algemeen bewijsvermoeden niet mag worden gehanteerd. Het bewijsvermoeden moet specifiek gericht zijn op het bestrijden van misbruik. De feiten en omstandigheden die het bewijsvermoeden in werking doen treden, moeten een daadwerkelijk vermoeden van belastingfraude of -ontwijking oproepen.¹⁵¹²

¹⁵⁰⁷ Volgens het UmwStG-besluit (punt 15.26) wordt daarmee bedoeld een persoon die niet voorkomt in het *Gesellschafterbestand*.

¹⁵⁰⁸ Volgens het UmwStG-besluit (punt 15.29) ziet de 20% op de aandelen in de splitsende vennootschap vóór splitsing.

¹⁵⁰⁹ Zie o.a. Dötsch/Patt/Pung/Möhlenbrock, *Umwandlungssteuerrecht*, 7^e Auflage, 2012, UmwStG §15, Rz. 123 en H. Hahn, *Die Veräusserung spaltungsgeborener Anteile*, GmbHR 9/2006, blz. 462.

¹⁵¹⁰ HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16 (Euro park Service), V-N 2017/17.12.

¹⁵¹¹ HvJ EU 7 september 2017, C-6/16 (Eqiom en Enka), V-N 2017/44.19.

¹⁵¹² In gelijke zin E. Boomsluiters, *Bewijsvermoedens in de Wet VPB 1969: de grenzen verder aangescherpt*, WFR 2018/60.

- Als de oorspronkelijke aandeelhouder(s) van de splitsende vennootschap nadien geen aandeelhouder meer zijn (*Trennung von Gesellschafterstämmen*), moeten deze aandeelhouder(s) de splitsende vennootschap minstens 5 jaar in het bezit hebben gehad.¹⁵¹³

Daarnaast gelden dezelfde voorwaarde als bij de fusiefaciliteit (§11 UmwStG), dat wil zeggen:

- Het moet zeker gesteld zijn dat de vermogensbestanddelen (*Wirtschaftsgüter*) bij de overnemende vennootschap later onderhevig zijn aan *Körperschaftsteuer*.
- Het heffingsrecht voor Duitsland wordt bij de overnemende rechtspersoon ten aanzien van de belastingheffing over de vervreemdingswinst niet uitgesloten of beperkt.
- De overdrager mag geen tegenpresentatie verkrijgen, of alleen een tegenpresentatie bestaande uit aandelen (*Gesellschaftsrechten*) in de overnemende rechtspersoon.

De overnemende partij neemt de waarden van de slotbalans van de overdrager over en treedt in de rechtspositie van de overdrager in de plaats. Als gekozen is voor een waarde onder de waarde in het economische verkeer, waardoor er nog niet of deels niet hoeft te worden afgerekend dan treedt de overnemende vennootschap in de fiscale rechtspositie van de overdragende vennootschap (§12 UmwStG). Dit wordt ook wel de *Fußstapfentheorie* genoemd. In Hoofdstuk 10.3.4.3 bij de juridische fusie zijn de gevolgen van de fiscale indeplaatstreding nader toegelicht.

Voor de fiscale gevolgen voor de aandeelhouders van een splitsende vennootschap wordt verwezen naar de bepaling die ook van toepassing is voor aandeelhouders bij een fusie (§13 UmwStG). Dit betekent dat de aandeelhouder(s) van de overdragende vennootschap wordt geacht de aandelen te hebben vervreemd tegen waarde in het economische verkeer. Op verzoek worden de aandelen in de overnemende vennootschap gesteld op de boekwaarde van de overdragende vennootschap indien het heffingsrecht voor Duitsland over de vervreemdingswinst niet uitgesloten is of wordt beperkt. De keuze van de aandeelhouder(s) om op verzoek de boekwaarde door te schuiven staat los van de keuze van de splitsende vennootschappen voor afrekening of doorschuiving tegen boekwaarde of tussenwaarde.

In Duitsland is het ook mogelijk dat een rechtspersoon zuiver wordt gesplitst of een deel van de onderneming wordt afgesplitst naar (een) personenvennootschappen. De fiscale bepalingen rondom deze splitsingsmogelijkheid staan in §16 UmwStG.

10.4 Beschouwing / conclusie

In dit hoofdstuk heb ik onderzocht hoe de (fiscale) fusie- en splitsingsfaciliteiten er uitzien in Nederland en Duitsland en welke verschillen en overeenkomsten er bestaan tussen de faciliteiten in beide landen. Uit een analyse van de Nederlandse wetgeving, de parlementaire stukken, de jurisprudentie en de literatuur blijkt dat mijns inziens op hoofdlijnen in Nederland de volgende discussiepunten kunnen worden gedestilleerd (zie hoofdstuk 10.2.5):

- Komt de Nederlandse wettekst rondom fusies en splitsingen wel overeen met de Fusierichtlijntekst?
- Wordt de manier waarop de fiscale claim wordt gehandhaafd wel consistent uitgevoerd, concreter geformuleerd wat is de invulling en reikwijdte van de fiscale indeplaatstreding?
- Is een op Duitse leest geschoeide reorganisatiewetgeving iets voor Nederland?

Hieronder geef ik aan de hand van mijn toetsingskader (zie hoofdstuk 1.3.2.4) aan of Duitsland een rechtsregel (oplossing of benadering) heeft die aanbevelenswaardig is, of kan zijn, voor de vennootschapsbelasting ten aanzien van deze discussiepunten.

Uit dit hoofdstuk is gebleken dat (de civielrechtelijke en) fiscaalrechtelijke structuur rondom reorganisatiemogelijkheden in Nederland anders is vormgegeven dan in Duitsland. Daar waar in Nederland de fiscale begeleiding in verschillende afzonderlijke wetten wordt geregeld, kent Duitsland

¹⁵¹³ Opmerkelijk vind ik de zienswijze dat op het moment dat de splitsende rechtspersoon nog niet 5 jaar bestaat (nog niet eerder is opgericht) er niet voldaan is aan deze voorwaarde en er dus in principe afgerekend moet worden (UmwSt-besluit, punt 15.38).

een fiscaalrechtelijke (UmwStG) reorganisatiewet. In hoofdstuk 10.4.3 ga ik daar nader op in en beantwoord ik de vraag of een UmwStG iets voor Nederland zou zijn.

Meer specifiek heb ik in dit hoofdstuk de fiscale begeleiding van de fusie en splitsingsvormen aandelenfusie, bedrijfsfusie, juridische fusie en juridische splitsing in beide landen met elkaar vergeleken. Daarbij is mij opgevallen dat in tegenstelling tot Duitsland in Nederland bij iedere faciliteit een verzoek kan worden ingediend om zekerheid vooraf te krijgen dat de fusie of splitsing niet wordt geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Dit komt de rechtszekerheid ten goede en op dit punt voldoen de Nederlandse faciliteiten beter aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader dan de Duitse faciliteiten.

De aandelenfusie is vergelijkbaar met de *Anteilstausch*. Ik verwacht dat de aandelenfusie tussen lichamen in Duitsland een belangrijkere rol speelt dan in Nederland. Dit hangt samen met de in hoofdstuk 8.3 besproken Duitse deelnemingsvrijstelling, waarbij voordelen uit een deelneming effectief (slechts) voor 95% worden vrijgesteld.¹⁵¹⁴ De bedrijfsfusie kan worden vergeleken met de inbreng van een onderneming (*Betrieb*), zelfstandig deel van de onderneming (*Teilbetrieb*) of participaties (*Mitunternehmeranteil*) in ondernemende personenvennootschap tegen uitreiking van aandelen.

Daarnaast zijn mijns inziens de handelingen bij *Ausgliederung* ook vergelijkbaar met de bedrijfsfusie. *Ausgliederung* wordt echter in Duitsland gezien als een vorm van afsplitsing (concernsplitsing) en deze is aldaar ook civielrechtelijk geregeld. Bij *Ausgliederung* is het mogelijk dat wordt afgesplitst naar een bestaande rechtspersoon tegen uitreiking van aandelen. De varianten wat betreft fusie (*Verschmelzung*) en splitsing (*Spaltung*) komen in Nederland en Duitsland met elkaar overeen.

Wat mijns inziens opvalt, is dat in Duitsland niet alleen een fusie en splitsing mogelijk is tussen rechtspersonen, maar ook tussen personenvennootschappen en (ondernemingen van) natuurlijke personen en combinaties tussen deze personen (*Rechtsträger*). Op dit punt kom ik ook in hoofdstuk 10.4.3 terug.

De ontwikkeling van de reorganisatiemogelijkheden en fiscale begeleiding loopt historisch gezien door de hierboven al aangehaalde verschillende structuur sterk uiteen. Wel vormt niet geheel verrassend de Europese Fusierichtlijn een rode draad door de nationale wetgeving in beide landen. In Duitsland heeft het overigens beduidend langer geduurd (eind 2006 door de SEStEG) voordat de UmwStG meer in lijn werd gebracht met de Fusierichtlijn. Daarnaast vind ik het opvallend dat Duitsland in het UmwStG aangeeft dat de Fusierichtlijn onverkort van toepassing is ten aanzien van de in de Richtlijn genoemde reorganisatievormen, voorzover het UmwStG niet anders bepaald (§1 Abs. 5 UmwStG). Als ik het dus goed zie wordt het UmwStG als het ware boven de Fusierichtlijn geplaatst (hetgeen mij niet in overstemming lijkt met de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader).

De gedachte achter de fusie- en splitsingsfaciliteiten komt in Duitsland en Nederland overeen, namelijk, de wens om bedrijfseconomisch gewenste herstructureringen fiscaal niet (nodeloos) te hinderen. De fiscale systematiek is in beide landen op hoofdlijnen hetzelfde. Dit wordt met name nader besproken in hoofdstuk 10.4.2. Hieronder zal ik eerst ingaan op de vraag of er in Duitsland ook discussie bestaat of de UmwStG in overeenstemming is met de Richtlijntekst.

10.4.1 Richtlijntekst in Duitsland beter geïmplementeerd?

De fusie- en splitsingsfaciliteiten in Nederland en Duitsland moeten in overeenstemming zijn met de (bedoeling van de) Fusierichtlijn. Uit hoofdstuk 10.2.5.1 is gebleken dat de Nederlandse wetgever niet de letterlijke Fusierichtlijntekst heeft overgenomen, maar steeds een iets afwijkende tekst heeft verzonnen. Het gevolg hiervan is een discussie over de vraag of Nederland de bepalingen in de Fusierichtlijn wel goed toepast. Als voorbeelden heb ik het in de Nederlandse wet gehanteerde begrip onderneming en in de Fusierichtlijn gehanteerde begrip "tak van bedrijvigheid" besproken, alsmede de Nederlandse invulling van de antimisbruikbepaling.

¹⁵¹⁴ In gelijke zin Rödder/Herlinghaus/Van Lishaut, UmwStG, 2. Aufl. §21 UmwStG, Rz.21.

Uit hoofdstuk 10.3.4 is gebleken dat er in Duitsland ten aanzien van deze twee voorbeelden soortgelijke discussies spelen. Ten aanzien van het begrip *Betrieb* (onderneming) en *Teilbetrieb* (deel van de onderneming) speelt in Duitsland een discussie over de uitleg in nationaal verband en daarnaast ook in hoeverre de term in overeenstemming is met het begrip "tak van bedrijvigheid" uit de Fusierichtlijn. In het UmwStG-besluit staat echter dat het begrip uit de Europese Fusierichtlijn "tak van bedrijvigheid" leidend is bij Duitse reorganisaties.¹⁵¹⁵ Uit hoofdstuk 10.3.4.2.1 is gebleken dat het verwarrende is dat de definitie uit de Richtlijn niet zelf (wettelijk) is opgenomen in het UmwStG en dat in het besluit op bepaalde punten wordt vastgehouden aan het oude (nationaalrechtelijke) in de jurisprudentie ontwikkelde begrip. Kort samenvattend, kan mijns inziens gesteld worden dat er in Duitsland op dit punt niet beter wordt voldaan aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader; ik ben van mening dat ook de Duitse wettekst, net als de Nederlandse wettekst mogelijk niet in overeenstemming is met het EU-recht (in casu de Fusierichtlijn).

Beide landen kennen overigens ook een voor de belastingplichtige ruimere toepassing van fusie- en splitsingsfaciliteiten ten opzichte van de mogelijkheden onder de Fusierichtlijn. Zo geldt er in Nederland bij de splitsingsfaciliteit geen voorwaarde dat sprake moet zijn van een *tak van bedrijvigheid*. In Duitsland geldt deze voorwaarde voor de splitsingsfaciliteit wel (zelfs een dubbele). In Duitsland wordt daarentegen bij fictie onder *Teilbetrieb* ook verstaan participaties in een (ondernemende) personenvennootschap (*Mitunternehmeranteil*) en een 100% deelneming in een kapitaalvennootschap. Deze fictie gaat verder dan de Fusierichtlijn voorschrijft. In Nederland wordt de inbreng van deelnemingen niet gezien als een zelfstandig onderdeel van de onderneming.

In Nederland is er discussie over de invulling van de antimisbruikbepalingen in het licht van de Fusierichtlijn. Een discussie die ook in Duitsland speelt. In het Duitse UmwStG is er geen antimisbruikbepaling opgenomen die in het algemeen van toepassing is ten aanzien van de in het UmwStG geregelde reorganisatievormen (vergelijkbaar met het belastingontwijkingsvoorbehoud zoals we dat in Nederland kennen en art. 15 Fusierichtlijn). In Duitsland is de algemene misbruikbepaling §42 AO ook eventueel van toepassing op misbruik van fusie- of splitsingsfaciliteiten.

Daarnaast gelden in het UmwStG specifieke antimisbruikregels, waarbij er bijvoorbeeld sprake is van een misbruikvermoeden bij vervreemding van aandelen binnen een aantal jaren. Deze in hoofdstuk 10.3.4 besproken regelingen bepalen dat bij vervreemding van de aandelen binnen zeven jaren (aandelenfusie) of vijf jaren (*Ausgliederung*, splitsing) de faciliteit wordt teruggenomen, zonder dat de belastingplichtige een tegenbewijsmogelijkheid heeft. Er is veel kritiek op en onduidelijkheid ten aanzien van deze specifieke antimisbruikbepalingen waaronder vraagtekens over de Europeesrechtelijke houdbaarheid. Ook op dit punt kan mijns inziens gesteld worden dat er in mindere mate voldaan wordt aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader; ik ben van mening dat de termijnen te lang zijn om van misbruik te spreken in het licht van de Fusierichtlijn.¹⁵¹⁶ Helemaal nu een tegenbewijsregeling voor de belastingplichtige ontbreekt. In dat kader kan gewezen worden op de arresten *Euro park Service*¹⁵¹⁷ en *Eqiom en Enka*.¹⁵¹⁸ Kort weergegeven beslist het Europese Hof van Justitie dat een algemeen bewijsvermoeden niet mag worden gehanteerd. Het bewijsvermoeden moet specifiek gericht zijn op het bestrijden van misbruik. De feiten en omstandigheden die het bewijsvermoeden in werking doen treden, moeten een daadwerkelijk vermoeden van belastingfraude of -ontwijking oproepen. Dit betekent mijns inziens dat voor de toepassing van een bewijsvermoeden op basis van een vervreemding van de aandelen geen plaats lijkt te zijn.¹⁵¹⁹ Bovendien vind ik het vreemd dat als er al vervreemdingsverbodtermijnen worden gehanteerd, in het ene geval schijnbaar sprake is van misbruik bij vervreemding binnen vijf jaren en in het andere geval bij vervreemding binnen zeven jaren. Een verklaring hiervoor heb ik niet

¹⁵¹⁵ Zie UmwStG- besluit, punt 15.02.

¹⁵¹⁶ In gelijke zin Watermeyer in Hermann/Heuer/Raupach, §8b KStG, Anm.175.

¹⁵¹⁷ HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16 (*Euro park Service*), V-N 2017/17.12.

¹⁵¹⁸ HvJ EU 7 september 2017, C-6/16 (*Eqiom en Enka*), V-N 2017/44.19.

¹⁵¹⁹ In gelijke zin E. Boomsluiters, *Bewijsvermoedens in de Wet VPB 1969: de grenzen verder aangescherpt*, WFR 2018/60.

gevonden. Mijns inziens is dat een punt waarvan gesteld kan worden dat er in mindere mate voldaan wordt aan de fiscaal-wetstechnische toets uit mijn toetsingskader; er is geen sprake van consistente wetgeving.

Tot slot merk ik op dat de antimisbruikbepaling in de Duitse fusie- en splitsingsfaciliteit uiterst complex is (bijvoorbeeld omtrent de berekeningen van de *Einbringungsgewinne I en II*) en gepaard gaat met buitenproportionele administratieve lasten voor de belastingplichtige.¹⁵²⁰ Daarnaast worden in het UmwStG-besluit de mogelijkheden omtrent fusie- en splitsingsfaciliteiten beleidsmatig zeer eng uitgelegd, waarbij mijns inziens op diverse plekken de vraag rijst of deze enge uitleg wel in overeenstemming is met de Fusierichtlijn en überhaupt met de ratio van de reorganisatiefaciliteiten. Zo wordt bijvoorbeeld geen faciliteit verleend op het moment dat de splitsende rechtspersoon nog geen vijf jaar bestaat, omdat deze nog niet eerder is opgericht.¹⁵²¹ Er is simpelweg niet voldaan aan de vijfjaarseis. Kort samenvattend kan mijns inziens hier gesteld worden dat bovenstaande punten niet, of in mindere mate voldoen aan de fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader.

Alles overziend ben ik van mening dat de Duitse implementatie van de Fusierichtlijn in het UmwStG en uitleg van de Richtlijntekst in Duitsland geen punten van aanbeveling bevat voor Nederland.

10.4.2 Claimhandhaving; fiscale indeplaatstreding

Duitsland kende tot en met 2006 als hoofdregel dat bij fusie of splitsing de overgebrachte vermogensbestanddelen tegen boekwaarde op de balans kwamen te staan. Met andere woorden gold als hoofdregel het doorschuiven van de fiscale claim (zie hoofdstuk 10.2.3). Bij wetswijziging is dat veranderd en sinds 2006 kennen Nederland en Duitsland dezelfde hoofdregel. Zowel in Nederland als in Duitsland is bij fusie en splitsing de huidige hoofdregel dat de vermogensbestanddelen overgaan tegen waarde in het economische verkeer en dat er in beginsel moet worden afgerekend over de fiscale meerwaarden. De voorwaarden waaronder nog niet hoeft te worden afgerekend komen op hoofdlijnen met elkaar overeen (latere heffing moet verzekerd zijn), doch wijken bij de invulling daarvan van elkaar af.

Een belangrijk verschil is mijns inziens dat in Duitsland anders dan in Nederland niet persé tegen boekwaarde hoeft te worden doorgeschoven, maar dat dit ook tegen een tussenwaarde kan. Het voordeel daarvan is mijns inziens dat in Duitsland de overdragende vennootschap kan kiezen voor een waarde gelijk aan haar nog te verrekenen verliezen. Hierbij moet wel opgemerkt worden dat de in hoofdstuk 6.3.1 besproken *Mindestbesteuerung* roet in het eten kan gooien doordat niet alle nog te verrekenen verliezen mogelijk in één keer verrekend kunnen worden.¹⁵²² Een ander verschil is dat in Duitsland doorschuiving van de claim alleen op verzoek mogelijk is. In Nederland heeft een belastingplichtige automatisch recht op doorschuiving als voldaan is aan de wettelijke voorwaarden.

Beide landen handhaven de claim door er van uit te gaan dat de overnemer / verkrijger in de plaats treedt van de inbrenger/overdrager. De fiscale indeplaatstreding wordt mijns inziens in Duitsland, evenals in Nederland, echter ook niet consistent toegepast. De wetgever lijkt in het UmwStG ook bepaalde elementen als subjectgebonden aan te merken, waardoor deze achterblijven of verdampen bij de overdrager. Dit geldt bijvoorbeeld in Duitsland ten aanzien van de lopende verliezen en nog te verrekenen verliezen. In Nederland is de hoofdregel ook dat verliezen subjectgebonden zijn en in beginsel achterblijven bij de overdragende partij, maar beleidsmatig is echter voor de juridische fusie en zuivere splitsing geregeld dat onder voorwaarden verliezen verrekend kunnen worden. Hierbij worden de winstsplitsingstechniek en dezelfde regels als omtrent verrekening van fiscale eenheidverliezen gehanteerd. In Duitsland is er geen uitzondering en gaan de verliezen in beginsel

¹⁵²⁰ In gelijke zin Montag in Tipke/Lang, *Steuerrecht* Tipke/Lang²², *Steuerrecht*, §14, Rz.71.

¹⁵²¹ UmwStG-besluit, punt 15.38.

¹⁵²² Overwogen zou kunnen worden om een winstgevende partij te fuseren in een verliesgevende partij. Echter zouden dan de verliezen kunnen verdampen op grond van de in hoofdstuk 6.3.3 besproken *Mantelkaufregelung*, waarbij verliezen kunnen verdampen als sprake is van een aandeelhouderswijziging.

definitief verloren.¹⁵²³ Ik vind het in dit kader vooral opvallend dat in Duitsland de verliezen vóór de wetswijziging in 2006 wel volledig mee overgingen naar de overnemer / verkrijger. De wetgever haalt ten aanzien van deze wetswijziging niet zozeer het argument aan dat de verliezen subjectgebonden zijn (en daarom niet mee over gaan), maar wijst op ongewenste grensoverschrijdende verliesverrekeningsmogelijkheden en ongewenste structuren die optimalisatie van verliesverrekening ten doel hebben.¹⁵²⁴ De wettelijke beperking dat verliezen achterblijven bij de overdrager en de argumentatie van de wetgever daarbij leidde in de Duitse literatuur tot kritiek. Kernpunt van deze kritiek is dat er een inbreuk wordt gemaakt op (het bedrijfseconomische) draagkrachtbeginsel door de verliezen te laten verdampen.¹⁵²⁵ Kort samenvattend, kan mijns inziens hier gesteld worden dat bovenstaand punt met name gaat over de vraag of voldaan is aan de fiscaal-wetstechnische toets uit mijn toetsingskader; ik ben van mening dat het begrip fiscale indeplaatstreding door zowel de Nederlandse als Duitse wetgever niet voldoende duidelijk is geformuleerd en inconsistent wordt toegepast. Daarnaast rijst in Duitsland de vraag of wel voldaan wordt aan de fiscaal-juridische toets, aangezien verliezen van de fuserende of splitsende partij definitief verloren kunnen gaan (inbreuk op de totaalwinstgedachte).

Alles overziend is mijns inziens het concept van de fiscale indeplaatstreding in Duitsland niet wezenlijk anders dan in Nederland en daarmee als geheel niet aanbevelenswaardig voor Nederland.

Wel ben ik van mening dat het kunnen doorschuiven tegen een tussenwaarde aanbevelenswaardig is om te implementeren in de Nederlandse wetgeving. Invoering van een dergelijke rechtsregel leidt er mijns inziens toe dat beter wordt voldaan aan alle toetsen uit mijn toetsingskader. Op het moment dat de overdrager er voor kan kiezen om door te schuiven tegen een waarde gelijk aan haar nog te verrekenen verliezen, zou dat recht doen aan de totaalwinstgedachte (fiscaal-juridische toets) en voor zowel belastingplichtigen als voor de Belastingdienst eenvoudiger zijn. De belastingplichtige kan dan fuseren of splitsen, waarbij de onvoorwaardelijke faciliteit van toepassing kan zijn. Dit betekent minder administratieve lasten voor zowel belastingplichtigen als de Belastingdienst, omdat geen nadere voorwaarden hoeven te worden gesteld en door de belastingplichtige geen winstplitsingexercities hoeven te worden uitgevoerd (en door de Belastingdienst hoeven te worden gecontroleerd). Dit betreft een verbetering van de fiscaal-beleidsanalytische en fiscaal-wetstechnische toets uit mijn toetsingskader. Alhoewel een dergelijke mogelijkheid voor de belastingplichtigen waarschijnlijk nadelige budgettaire effecten zal hebben voor de schatkist komt de overheid in principe fiscaaltechnisch gezien niets te kort. Het kunnen verrekenen van verliezen is immers een uitvloeisel van het totaalwinstbeginsel. Invoering zou mijns inziens ook passen in het licht van internationale en Europese fiscale ontwikkelingen. Het botst niet met bepalingen uit het CCTB-voorstel (omdat in het CCTB-voorstel geen bepalingen rondom fusie en splitsing zijn opgenomen) en het fiscale vestigingsklimaat in Nederland zal er mogelijk zelfs op vooruit gaan.

10.4.3 Een reorganisatiewet, iets voor Nederland?

Een opvallend verschil tussen Nederland en Duitsland is dat in Nederland de fusie en splitsingsfaciliteiten in de afzonderlijke belastingwetten zijn geregeld en in Duitsland niet. Nederland gaat mijns inziens uit van het belastingsubject (ondernemer, aanmerkelijk belanghouder, rechtspersoon aandeelhouder, fuserende of splitsende rechtspersonen) en regelt de fiscale gevolgen van een fusie of splitsing voor die persoon in de desbetreffende afdeling en wet. In de beleidsbesluiten bedrijfsfusie, juridische fusie, juridische afsplitsing en zuivere splitsing wordt echter de reorganisatievorm als uitgangspunt genomen en staan de fiscale gevolgen voor de fuserende, of splitsende rechtspersonen bij elkaar.

¹⁵²³ Zoals hierboven al aangehaald wordt dat in Duitsland deels ondervangen doordat de belastingplichtige er voor kan kiezen om door te schuiven tegen een tussenwaarde.

¹⁵²⁴ BMF-Pressemitteilung Nr. 89/2006 v. 12 juli 2006 en BT-DRs. 15/119, blz. 45. Zie ook Dötsch/Patt/Pung/Möhlenbrock, *Umwandlungssteuerrecht*, 7^e Auflage, 2012, UmwStG §12, Rz.59-64.

¹⁵²⁵ Zie onder andere Maiterth/Müller, *Abschaffung der Verlustübernahme bei Verschmelzung von Körperschaften - steuersystematisch geboten oder fiskalisch motiviert?* DStR 2006, blz.1861 en de in voetnoot 12, 13 en 14 aangehaalde literatuur.

In Duitsland heeft de wetgever er voor gekozen om alle reorganisatievormen (zowel civielrechtelijk als fiscaalrechtelijk) bij elkaar te zetten. Wat opvalt, is dat er in Duitsland veel meer fusie en splitsingvormen mogelijk zijn. Niet alleen fusies en splitsing tussen rechtspersonen zijn civielrechtelijk en fiscaalrechtelijk geregeld, maar ook die tussen personenvennootschappen, (ondernemingen van) natuurlijk personen en combinaties. Een dergelijke rechtsvormneutrale fiscale begeleiding bij fusie en splitsing zorgt er mijns inziens voor dat er beter voldaan wordt aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader. Ook zal een dergelijke regeling (meer) in overeenstemming zijn met de ratio van de fusie en splitsingsfaciliteiten. De kern is namelijk dat bedrijfseconomische gewenste herstructureringen (ongeacht de rechtsvorm) fiscaal niet gehinderd zouden moeten worden (vergelijk de fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader). Derhalve ben ik van mening dat het aanbevelenswaardig is om fusies en splitsingen (en omzettingen) tussen en met ondernemingen van natuurlijke personen, personenvennootschappen en rechtspersonen mogelijk te maken. Indien deze verschillende reorganisatiemogelijkheden met fiscale begeleiding in Nederland zouden worden ingevoerd, betekent dat mijns inziens niet dat hiervoor persé een op Duitse leest geschoeide reorganisatiewet noodzakelijk is.

Het lijkt voor zowel belastingplichtigen als de Belastingdienst praktisch handig een soort van handboek te hebben om in één oogopslag te zien wat de civielrechtelijke mogelijkheden (UmwG) en fiscaalrechtelijke gevolgen (UmwStG) zijn voor fusie, splitsing, omzetting en vermogensoverdracht. Er is mijns inziens echter ook het nodige aan te merken op de UmwG en UmwStG. Ten eerste vraag ik mij af of een UmwStG wel past binnen het Duitse fiscale systeem. Net als in Nederland is ook bij de *Ertragsteuer (Einkommensteuer, Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer)* het belastingsubject het uitgangspunt. Het UmwStG gaat echter uit van het (over te dragen) vermogen en sluit daarbij meer aan bij een economische benadering. Het is mijns inziens dan wel de vraag waarom bijvoorbeeld het *Organschaftregime* of de Duitse deelnemingsvrijstelling, waarbij ook de economische benadering voorop staat, ook niet in een aparte wet is opgenomen. Ten aanzien van dit punt lijkt mij dat niet voldaan wordt aan de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader. De rechtsregel (UmwStG als zodanig) past niet goed in het bestaande stelsel. Ten tweede vraag ik me af waarom Duitsland er niet voor gekozen heeft om in het UmwStG ook de fiscale gevolgen te regelen van bijvoorbeeld de successiebelasting, schenkingsrecht of overdrachtsbelasting. Voor de fiscale gevolgen hiervan moet (nog steeds) de afzonderlijke wet geraadpleegd worden. Ten derde kwam ik er bij de bestudering van het geheel aan UmwG, UmwStG en UmwStG-besluit achter dat er mijns inziens niet echt sprake is van een systematische en consistente regelgeving en ik kan me niet voorstellen dat de genoemde wetten en besluit eenvoudig toegankelijk en begrijpelijk zijn voor de belastingplichtige en de Belastingdienst. Met name het 170-pagina's tellende besluit bevat mijns inziens tal van discussiepunten die er in de praktijk toe leiden dat het verkrijgen van fiscale faciliteiten rondom reorganisaties verre van eenvoudig is. Invoering van een dergelijk systematiek en praktijktoepassing zou mijns inziens niet leiden tot de door Te Niet (in hoofdstuk 10.2.5.3) beoogde flinke stap in de vermindering van de fiscale regeldruk. Kort samenvattend kan mijns inziens hier gesteld worden dat het Duitse *Umwandlungssteuergesetz* niet tot een beter logische, systematische, innerlijk consistentere wetgeving leidt dan nu in Nederland het geval is (de fiscaal-wetstechnische toets uit mijn toetsingskader). Alle fiscale regelgeving omtrent fusies en splitsing in één wet zou wellicht wel overzichtelijker voor de belastingplichtige en Belastingdienst kunnen zijn. Noodzakelijk is dat mijns inziens niet. Als de wetgever er maar voor zorgt dat de in de afzonderlijke wetten gehanteerde begrippen (bij een overeenkomstige doel en strekking) hetzelfde worden vormgegeven c.q. uitgelegd en bij de verschillende fusie- en splitsingsvarianten dezelfde systematiek wordt gehanteerd (zoals grotendeels nu in Nederland het geval is), dan kan dat mijns inziens ook prima in de afzonderlijke wetten worden geregeld. Dat past mijns inziens beter bij de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader. Alles overwegende, vind ik het op dit moment niet aanbevelenswaardig een op Duitse leest geschoeide reorganisatiewet in Nederland in te voeren.

In Nederland heeft een werkgroep een voorzet gedaan tot modernisering van het personenvennootschapsrecht. Eén van de suggesties die daarbij is gedaan is omzetting, fusie en splitsing van de maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap (civielrechtelijk) mogelijk te maken.¹⁵²⁶ De werkgroep heeft een voorstel gedaan om de

¹⁵²⁶ Zie Rapport Werkgroep Personenvennootschappen, 26 september 2016, paragraaf 9.5.

civielrechtelijke wetgeving voor personenvennootschappen op te nemen in één wettelijke regeling, namelijk in titel 13 van boek 7 BW.¹⁵²⁷ Weliswaar is er dan in Nederland geen sprake van een civielrechtelijke reorganisatiewet, maar dit zou wel betekenen dat alle civielrechtelijke mogelijkheden omtrent fusie, splitsingen en omzettingen systematisch en consistent in verschillende afdelingen in het Burgerlijke Wetboek terug te vinden zijn. Stel dat de wetgever zou besluiten daar fiscaalrechtelijk bij aan te sluiten (en dus toch een soort fiscale reorganisatiewet zou invoeren), dan zou ik aanbevelen om anders dan in Duitsland nog een stap verder te gaan en ook de fiscale gevolgen ten aanzien van overige belastingen in deze reorganisatiewet te schetsen. Uiteraard zou ook van de gelegenheid gebruik kunnen worden gemaakt om de in dit hoofdstuk genoemde knelpunten omtrent discrepantie tussen nationale wettekst en Richtlijntekst, inconsistenties bij de fiscale indeplaatsstelling en overige niet besproken gedetailleerde discussiepunten weg te nemen. Al doordenkend bij deze hypothese dat de wetgever besluit een fiscale reorganisatiewet in te voeren, zou ook, omwille van de wettelijke consistentie, wellicht overwogen moeten worden om bijvoorbeeld het leerstuk van de deelnemingsvrijstelling en fiscale eenheid (waarbij het juridische uitgangspunt van belastingplicht per subject wordt doorbroken door een economische benadering) ook in aparte wetten onder te brengen?¹⁵²⁸ Ik zou daar geen voorstander van zijn. Mijn verwachting is dat dit leidt tot "hokjes-denken" (MNO's, MKB, loontrekkers, uitkeringstrekkers, gepensioneerden) en dat dit leidt tot onvoldoende oog voor de onderlinge samenhang tot een rechtvaardig belastingstelsel te komen.¹⁵²⁹

10.4.4 Schematisch overzicht huidige overeenkomsten en verschillen

	Nederland	Duitsland
Structuur	Versnipperde wetgeving; Systematiek vanaf 2001 sterk verbeterd.	Reorganisatiewet (UmwG en UmwStG).
Historische ontwikkeling	Reorganisatievormen kennen een eigen civielrechtelijke- en fiscale ontwikkeling. Fusierichtlijn speelt belangrijke rol.	Reorganisatievormen ondergebracht in UmwG en UmwStG. Fusierichtlijn speelt (vanaf 2006) belangrijke rol.
Ratio	Bedrijfseconomische gewenste reorganisaties niet door fiscale gevolgen verhinderen.	Bedrijfseconomische gewenste reorganisaties niet door fiscale gevolgen verhinderen.
Fusie-, splitsings- en omzettingsmogelijkheden		
Van personenvennootschap naar rechtspersoon	Niet mogelijk	Wel mogelijk
Van rechtspersoon naar rechtspersoon	Wel mogelijk	Wel mogelijk
Van rechtspersoon naar personenvennootschap	Niet mogelijk	Wel mogelijk
Van personenvennootschap naar personenvennootschap	Niet mogelijk	Wel mogelijk
Systematiek fusie en splitsing (bij aandeelhouders)		
Hoofdregeel	Afrekenen over vermogenswinst aandelen.	Afrekenen over vermogenswinst aandelen.

¹⁵²⁷ Zie Rapport Werkgroep Personenvennootschappen, 26 september 2016, paragraaf 1.2.1. Op dit moment is de wettelijke regeling voor personenvennootschappen verspreid over boek 7A BW (maatschap), het Wetboek van Koophandel (vof en cv) en in boek 3 BW (ontbonden personenvennootschappen). Zie ook V-N 2016/67.3.

¹⁵²⁸ Vergelijk ook het voorstel van T. Zech om de bestaande structuur van de bestaande wetten te doorbreken. Hij pleit er voor alle regelingen voor grensoverschrijdende situaties in de EStG, KStG, GewStG, AStG, UmwStG, ErbStG en de AO in één omvattende wet te verenigen. Deze wet zou dan "Gesetz zur Besteuerung von internationalen Sachverhalten (Internationales Steuerrechtsgesetz, IStG)" genoemd kunnen worden. T. Zech, Plädoyer für die Schaffung eines IStG, IStR 2011, 165.

¹⁵²⁹ Het gaat het bestek van mijn onderzoek te buiten om dit op deze plaats verder uit te werken.

Faciliteit	Doorgaan met kostprijs/verkrijgingsprijs doorgeschoven aandelen (indien voldaan aan voorwaarden).	Doorgaan met kostprijs/verkrijgingsprijs doorgeschoven aandelen (indien voldaan aan voorwaarden).
Systematiek fusie en splitsing (bij fuserende of splitsende lichamen)		
Hoofdregel	Afrekenen over fiscale meerwaarden	Afrekenen over fiscale meerwaarden
Faciliteit	Doorschuiven belastingclaim. Overnemer/verkrijger gaat door met boekwaarden.	Doorschuiven belastingclaim. Overnemer/verkrijger gaat door met boekwaarden óf tussenwaarde.
Voorwaarden voor faciliteit		
Verzoek nodig?	Geen verzoek nodig als voldaan is aan wettelijke voorwaarden.	Alleen op verzoek doorschuiven belastingclaim.
Aandelenfusie (<i>Anteilstausch</i>)	<ul style="list-style-type: none"> Aandelen alleen tegen aandelen. Bijbetaling in contanten max 10%. Verwerven aandelenbezit waarbij meerderheid van de stemrechten uitgeoefend kan worden. De fusie mag niet in overwegende mate gericht zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. 	<ul style="list-style-type: none"> Aandelen alleen tegen aandelen. Andere tegenprestatie max 25%, of € 500.000. Verwerven aandelenbezit waarbij meerderheid van de stemrechten uitgeoefend kan worden. Het heffingsrecht voor Duitsland mag niet worden uitgesloten of worden beperkt. Vervreemdingsverbod van 7 jaren t.a.v. ingebrachte aandelen.
Bedrijfsfusie (<i>Ausgliederung, of inbreng onderneming tegen uitreiking van aandelen</i>)	<ul style="list-style-type: none"> Overdracht onderneming of een zelfstandig onderdeel van een onderneming. De overdracht moet plaatsvinden tegen uitreiking van aandelen. Bijbetaling in contacten max 1% met een max. van €4.500. Het overnemende lichaam moet VPB-plichtig zijn of worden; Voor het bepalen van de fiscale winst dezelfde bepalingen van toepassing bij het overdragende en het overnemende lichaam. De overnemer kan geen aanspraak maken op bijv. voorwaartse verrekening van verliezen etc. Latere heffing moet zijn verzekerd. Als niet aan de laatste drie voorwaarden wordt voldaan, dan alsnog faciliteit mogelijk als aan nadere standaard voorwaarden wordt voldaan. De fusie mag niet in overwegende mate gericht zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. 	<ul style="list-style-type: none"> Bij de inbreng moet het gaan om een <i>Betrieb, Teilbetrieb</i> of <i>Mitunternehmeranteil</i>. Het ingebrachte moet bij de overnemende vennootschap later onderhevig zijn aan VPB (KSt). De passiva ingebrachte vermogen mag niet groter zijn dan de activa, Het heffingsrecht voor Duitsland mag niet worden uitgesloten of worden beperkt. Als tegenprestatie geldt uitreiking van aandelen. WEV van overige tegenprestaties mag niet meer bedragen dan 25%, of € 500.000. Voor de inbrenger geldt er een vervreemdingsverbod van zeven jaren ten aanzien van de uitgereikte aandelen <p><i>Ausgliederung</i> is een afsplitsingsvariant (zie hierboven voor de voorwaarden), waarbij een <i>Teilbetrieb</i> kan worden afgesplitst aan een bestaande rechtspersoon.</p>
Juridische fusie (<i>Verschmelzung</i>)	<ul style="list-style-type: none"> Voor het bepalen van de fiscale winst moeten bij het verdwijnende en verkrijgende lichaam dezelfde bepalingen van toepassing zijn Beide lichamen kunnen geen aanspraak maken op bijv. voorwaartse verrekening van verliezen etc.; Latere heffing moet zijn verzekerd. 	<ul style="list-style-type: none"> De overdrager mag geen tegenpresentatie verkrijgen, of alleen een tegenpresentatie bestaande uit aandelen. Het moet zijn zeker gesteld dat de vermogensbestanddelen (<i>Wirtschaftsgüter</i>) bij de overnemende vennootschap later onderhevig is aan VPB (KSt).

	<p>Als niet aan bovenstaande voorwaarden wordt voldaan, dan alsnog faciliteit mogelijk als aan nadere standaard voorwaarden wordt voldaan.</p> <ul style="list-style-type: none"> De fusie mag niet in overwegende mate gericht zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. 	<ul style="list-style-type: none"> Het heffingsrecht voor Duitsland mag niet worden uitgesloten of worden beperkt.
Juridische splitsing (<i>Spaltung</i>)	<ul style="list-style-type: none"> Voor het bepalen van de fiscale winst moeten bij de splitsende en verkrijgende rechtspersoon dezelfde bepalingen van toepassing zijn. Zowel de splitsende rechtspersoon indien deze ophoudt te bestaan als de verkrijgende rechtspersoon kunnen geen aanspraak maken op bijv. voorwaartse verrekening van verliezen. Latere heffing moet zijn verzekerd. <p>Als niet aan bovenstaande voorwaarden wordt voldaan, dan alsnog faciliteit mogelijk als aan nadere standaard voorwaarden wordt voldaan.</p> <ul style="list-style-type: none"> De splitsing mag niet in overwegende mate gericht zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. 	<ul style="list-style-type: none"> Er moet een zelfstandig deel van de onderneming (<i>Teilbetrieb</i>) worden overgebracht; Bij een afsplitsing moet een zelfstandig deel van de onderneming worden overgebracht én bij de overdragende rechtspersoon een zelfstandig deel achterblijven. De splitsing mag niet tot gevolg hebben dat binnen 5 jaar aan derden wordt verkocht. Oorspronkelijke aandeelhouders die na de splitsing geen aandeelhouder meer zijn moeten aandelen van splitsende vennootschap minstens 5 jaar in het bezit hebben gehad. De overdrager mag geen tegenpresentatie verkrijgen, of alleen een tegenpresentatie bestaande uit aandelen. Het moet zijn zeker gesteld dat de vermogensbestanddelen (<i>Wirtschaftsgüter</i>) bij de overnemende vennootschap later onderhevig is aan VPB (KSt). Het heffingsrecht voor Duitsland mag niet worden uitgesloten of worden beperkt.
Fiscale indeplaatstreding	Ja	Ja
Gaan verliezen mee naar overnemende partij	<p>Hoofregel: nee</p> <p>Uitzondering bij juridische fusie en zuivere splitsing: Onder voorwaarden (na toepassing winstsplitsingsregels) is verliesverrekening door overnemer mogelijk.</p>	<p>Hoofregel: nee</p> <p>Echter, doorschuiven tegen tussenwaarde mogelijk waardoor nog te verrekenen verliezen mogelijk deels verrekend kunnen worden, maar let op <i>Mindestbesteuerung</i>.</p>
Nationale wettekst versus Richtlijntekst	Nationale wettekst en uitleg wijken af. O.a. discussie over het begrip "onderneming" en "tak van bedrijvigheid" en de invulling en reikwijdte van het belastingontwijkingsvoorbehoud.	Nationale wettekst en uitleg wijken af. O.a. discussie over het begrip " <i>Betrieb</i> ", " <i>Teilbetrieb</i> " en "tak van bedrijvigheid", alsmede ook de invulling en reikwijdte van de antimisbruikbepalingen.

11 Eindbeschouwing / eindconclusie

In dit onderzoek is een rechtsvergelijking gemaakt tussen de winstbelasting van lichamen in Nederland en Duitsland. Kort samenvattend, ben ik op zoek gegaan naar rechtsregels uit de Duitse *Körperschaftsteuer* en *Gewerbsteuer* die mogelijk aanbevelenswaardig (een inspiratie) zijn voor de (door mij geselecteerde discussiepunten in de) Nederlandse vennootschapsbelasting. In dit hoofdstuk geef ik een eindbeschouwing en conclusie over hetgeen ik in de verschillende hoofdstukken heb onderzocht en geef ik een antwoord op mijn onderzoeksvraag.

11.1 Het hoe, wat en waarom van dit onderzoek (hoofdstuk 1)

In hoofdstuk 1 heb ik onder andere toegelicht wat de aanleiding en relevantie van mijn rechtsvergelijkend onderzoek naar de winstbelasting in Duitsland is. Daarnaast heb ik mijn onderzoeksvraag, toetsingskader, opbouw, afbakening, werkwijze en methode van mijn onderzoek uiteengezet. Mijns inziens kan wetenschappelijk gezien mijn onderzoek dienen als een inspiratiebron voor een beter begrip en de ontwikkeling van het Nederlandse nationale recht, in casu de vennootschapsbelasting. Door een rechtsvergelijking met de Duitse winstbelasting van lichamen te maken wordt de Nederlandse vennootschapsbelasting in perspectief geplaatst. Ik heb onderzocht of Duitsland oplossingen heeft voor de mijns inziens belangrijkste (conceptuele / fundamentele) discussiepunten in de Nederlandse vennootschapsbelasting. Naast een wetenschappelijk belang heeft mijn onderzoek ook een maatschappelijke en fiscale relevantie. De belangrijkste leerstukken uit de Duitse winstbelasting van lichamen en de Nederlandse vennootschapsbelasting zijn onderzocht en uitgelegd. Ook heb ik in hoofdstuk 1 toegelicht waarom juist Duitsland geschikt is om een rechtsvergelijking mee te maken. Historisch en economisch gezien gaan de betrekkingen tussen Nederland en Duitsland (en de voorgangers van het huidige Duitsland) eeuwen terug. Het Nederlandse en Duitse belastingstelsel hebben veel raakvlakken. De wortels van onze vennootschapsbelasting gaan terug naar de Duitse bezetting. Ook dit gegeven maakt dat Duitsland een uitermate geschikt land is om een rechtsvergelijking mee te maken. Er is immers een gerede kans aanwezig dat eventuele verbeteringen uit de in de grond verwante Duitse winstbelasting van lichamen goed in te passen zijn in het Nederlandse systeem.

De invalshoek die ik voor mijn onderzoek heb gekozen, is **welke rechtsregels uit de Duitse winstbelasting van lichamen aanbevelenswaardig zijn voor de Nederlandse vennootschapsbelasting?**

Deze onderzoeksvraag bevat verschillende begrippen. Met “rechtsregels” bedoel ik regels in de breedste en ruimste zin van het woord. Dit kunnen in de door mij bedoelde interpretatie zowel wettelijke vastgelegde regels zijn, alsmede (interpretaties van) regels die door de rechterlijke macht tot stand zijn gekomen. Het kan gaan om een aantal rechtsregels tezamen (een leerstuk), of juist om een individuele rechtsregel. Het kan ook gaan om een deel van een rechtsregel, op het moment dat bijvoorbeeld de rechtsregel *in zijn geheel* niet aanbevelenswaardig blijkt te zijn. Onder de Duitse winstbelasting van lichamen versta ik zowel de *Körperschaftsteuer* als de *Gewerbsteuer*. Wat aanbevelenswaardig is voor de Nederlandse vennootschapsbelasting, is voor discussie vatbaar. Derhalve heb ik een toetsingskader gehanteerd om mijn onderzoek en mijn mening over “wat aanbevelenswaardig is” zo veel mogelijk te objectiveren. De discussiepunten in Nederland en de mogelijke alternatieven in Duitsland heb ik getoetst aan een fiscaal-beleidsanalytische toets, fiscaal-juridische toets, fiscaal-wetstechnische toets en internationale/Europese fiscale ontwikkelings-toets. Wat ik onder de genoemde toetsen versta en een analyse van de onderlinge relatie tussen de toetsen is ruimschoots toegelicht in hoofdstuk 1.3.2. Ik volsta dan ook met een verwijzing naar dit hoofdstuk en onderstaande korte samenvatting van de toetsen.

Het voldoen aan de **fiscaal-beleidsanalytische toets** betekent:

- De uitwerking (wettelijke of rechterlijke invulling van de rechtsregel) spoort met de ratio.
- De wetgever heeft de juiste keuze gemaakt tussen het wel of niet invoeren van een wettelijke rechtsregel.
- De rechtsregel heeft geen onbedoelde negatieve neveneffecten. Underkill of overkill moet zoveel mogelijk worden voorkomen.

- De rechtsregel is op het juiste niveau ingevoerd.
- De rechtsregel zorgt voor een redelijke verhouding tussen de baten en lasten die uit de rechtsregel kunnen voortvloeien. Anders geformuleerd, de rechtsregel leidt niet tot buitenproportionele (administratieve) lasten voor de belastingplichtige of Belastingdienst.
- De rechtsregel is voldoende (praktisch) uitvoerbaar en handhaafbaar.

Het voldoen aan de **fiscaal-juridische toets** betekent:

- De rechtsregel is in overeenstemming met hoger recht. Hiermee wordt bedoeld dat de rechtsregel in overeenstemming moet zijn met het internationale recht, EU-recht, de grondwet en algemene rechtsbeginselen.
- De rechtsregel past binnen het bestaande Nederlandse rechtstelsel.

Het voldoen aan de **fiscaal-wetstechnische toets** betekent:

- De rechtsregel is logisch en systematisch opgebouwd, consistent en de gebruikte terminologie duidelijk.
- De rechtsregel (en de parlementaire toelichting) is duidelijk geformuleerd.
- De rechtsregel is eenvoudig, duidelijk en toegankelijk.

Het voldoen aan de **internationale en Europese ontwikkelingen toets** betekent:

- Een beoordeling van een rechtsregel met name in het licht van de C(C)CTB, het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat en eventuele andere internationale fiscale ontwikkelingen.

In het onderzoek is de focus komen te liggen op de toetsen waaraan een discussiepunt *niet of in mindere mate* aan voldoet. Naar mijn mening is een Duitse rechtsregel aanbevelenswaardig voor Nederland als hij op ten minste één toetsingscriterium beter scoort en op de andere niet minder dan wel de betere score op één aspect zwaarder telt dan de slechtere score op een (of meer) ander(e) terrein(en). Ondanks het hanteren van een toetsingskader is de beoordeling of er wel, niet, in meer of in mindere mate is voldaan aan de toetsen ook subjectief. De afweging en beoordeling van de toetsen (subjectieve keuzes) heb ik zo transparant mogelijk weergegeven door iedere afweging toe te lichten en te onderbouwen.

Om tot een verantwoord en onderbouwd antwoord te komen op mijn onderzoeksvraag heb ik in ieder hoofdstuk onderzocht hoe de desbetreffende rechtsregel (het leerstuk) in de huidige Nederlandse vennootschapsbelasting is vormgegeven en welke (meest conceptuele / fundamentele) discussiepunten er in Nederland spelen ten aanzien van de desbetreffende rechtsregel. Hierbij ben ik ingegaan op reeds geopperde oplossingsrichtingen, heb ik mijn eigen mening over de discussiepunten en de oplossingsrichtingen gegeven en heb ik de rechtsregel beoordeeld aan de hand van mijn toetsingskader. Vervolgens is door mij onderzocht hoe de desbetreffende rechtsregel (het leerstuk) in de huidige Duitse winstbelasting van lichamen is vormgegeven. Tot slot heb ik in ieder hoofdstuk de Nederlandse en Duitse rechtsregels met elkaar vergeleken, de overeenkomsten en verschillen uiteen gezet en aan de hand van mijn toetsingskader geanalyseerd welke rechtsregels uit de Duitse *Körperschaftsteuer* en/of *Gewerbesteuer* aanbevelenswaardig zijn voor de Nederlandse vennootschapsbelasting.

Alvorens tot een verantwoorde conclusie te komen, ben ik van mening dat ook de fiscale factoren die van invloed kunnen zijn op de winstbelasting van lichamen (door mij het fiscale krachtenveld genoemd) nader moesten worden onderzocht.

11.2 De conclusies wat betreft het fiscale krachtenveld rondom de winstbelasting in beide landen (hoofdstuk 2)

In hoofdstuk 2 heb ik onderzocht hoe het fiscale krachtenveld rondom de winstbelasting in beide landen eruit ziet. Bestaande rechtsregels zijn zowel in Duitsland als in Nederland ingebed in een ruimer geheel en een Duitse rechtsregel kan niet zonder meer (door alleen naar de afzonderlijke regeling te kijken) worden geïmplementeerd in Nederland. Het belastingstelsel is onderhevig aan een

beleidsmatig, (begrotings)politiek, juridisch, economisch, maatschappelijk, uitvoeringstechnisch, internationaal en Europees krachtenveld.¹⁵³⁰

Uit hoofdstuk 2 is gebleken dat Nederland en Duitsland wat betreft het fiscale krachtenveld rondom de winstbelasting veel overeenkomsten kennen, maar ook diverse verschillen. Samenvattend, heb ik de volgende punten geconstateerd.

- Demografisch, staatsrechtelijk en bestuurlijk wijkt Nederland enigszins af van Duitsland. Fiscaal gezien uit zich dat bijvoorbeeld in het feit dat in Duitsland naast de bond ook de deelstaten en gemeenten relatief veel (fiscale) macht hebben in vergelijking met de provincies en gemeenten in Nederland (hoofdstuk 2.2).
- Duitsland en Nederland zijn voor elkaar belangrijke handelspartners. Hoewel de Nederlandse economie sterk afhankelijk is van de Duitse economie is er wel een duidelijk verschil ten aanzien van de benadering van de binnenlandse en buitenlandse markt. Nederland heeft traditioneel gezien een grotere internationale focus vanwege onder andere de kleinere binnenlandse (afzet)markt. Hieruit heb ik afgeleid dat er in Nederland meer aandacht is voor het hebben en houden van een fiscaal aantrekkelijk vestigingsklimaat. In Duitsland is deze focus veel minder aanwezig en nemen traditioneel gezien binnenlandse familiebedrijven en personenvennootschappen een belangrijke plaats in. In beide landen is er in de fiscale wetgeving rekening gehouden met de economische dimensie van het belastingrecht, wat onder meer blijkt uit het leerstuk van de deelnemingsvrijstelling, fiscale eenheid en fusie- en splitsingsfaciliteiten (hoofdstuk 2.3).
- In beide landen is een gelijke trend zichtbaar ten aanzien van de maatschappelijke ontwikkelingen die van invloed kunnen zijn op de winstbelasting van lichamen. De laatste jaren is er in beide landen meer aandacht voor *corporate governance*, belastingontwijking en belastingontduiking en het bijdragen van een *fair share* aan de maatschappij, al dan niet om reputatieschade te voorkomen (hoofdstuk 2.4).
- Wat betreft culturele verschillen wordt Nederland vaker gezien als flexibeler en pragmatischer in vergelijking met Duitsland (hoofdstuk 2.5).
- Politiek gezien kennen zowel Nederland als Duitsland over het algemeen een stabiele situatie. Politieke partijen en belangengroeperingen hebben in beide landen een belangrijke invloed bij de totstandkoming van fiscale wetgeving (hoofdstuk 2.6).
- In de afgelopen decennia is de invloed van het Europese recht en internationale fiscale ontwikkelingen op het nationale recht in Nederland en Duitsland groter geworden. Beide landen moeten de Europese Antibelastingontwikkingsrichtlijnen (ATAD1 en ATAD2) implementeren in wetgeving, al zal dat Duitsland waarschijnlijk minder moeite kosten. Het lijkt er namelijk op dat Duitsland een grotere stempel heeft kunnen drukken op deze Europese regelgeving, aangezien veel regels uit de richtlijn in Duitsland reeds van toepassing zijn. Ook moeten Nederland en Duitsland er rekening mee houden dat mogelijk in de toekomst de CC(CTB) zal worden geïmplementeerd. Het politieke beleid van Nederland ten aanzien van Europees recht en internationale fiscale ontwikkelingen wijkt mijns inziens enigszins af van het Duitse beleid, in die zin dat Nederland wat terughoudender reageert wat harmonisatie betreft. Aan de andere kant lijkt Duitsland minder voortvarend te reageren als het gaat om (voor de Duitse schatkist negatieve) beslissingen van het Europese Hof van Justitie (hoofdstuk 2.7 en 2.8).
- Fiscale wetten komen in beide landen democratisch tot stand, waarbij de nodige kwaliteitseisen worden gesteld aan de wetgeving. In tegenstelling tot de Nederlandse situatie bestaat er in Duitsland wel de mogelijkheid om rechterlijk te toetsen aan de Grondwet en aan algemene rechtsbeginselen. In Nederland kan wel getoetst worden aan in verdragen vastgelegde internationale rechtsbeginselen. Mijns inziens blijkt uit de tot op heden gewezen Nederlandse jurisprudentie over toetsing aan art. 14 EVRM en art. 26 IVBPR dat de Hoge Raad hierin echter terughoudend is (hoofdstuk 2.9).

¹⁵³⁰ In gelijke zin de staatssecretaris die aangeeft dat het belastingstelsel als gevolg van maatschappelijke veranderingen, politieke wensen, internationale verplichtingen en de soms bestaande noodzaak om (budgettair) in te grijpen steeds complexer en ondoorzichtiger is geworden. Brief staatssecretaris, 23 februari 2018, Fiscale beleidsagenda, kenmerk 2018-0000027221, V-N 2018/14.1.

- Zowel Nederland als Duitsland is over het algemeen gezegend met een competente en betrouwbare fiscale uitvoeringsinstantie.¹⁵³¹ Wat betreft de uitvoering van fiscale wetgeving constateer ik dat de Nederlandse Belastingdienst over het algemeen informeler, toegankelijker en pragmatischer is dan de Duitse *Finanzverwaltung*. Dit uit zich onder andere in het Nederlandse horizontaal toezicht traject in vergelijking met de *zeitnahe Betriebsprüfung* in Duitsland, in het verschil in mogelijkheden voor vooroverleg en het rulingbeleid. De in hoofdstuk 2.4.2 en 2.8 geschetste ontwikkelingen omtrent de discussie over (internationale) belastingontwijking en politieke EU-druk hebben mijns inziens wel geleid tot een aankondiging van de staatssecretaris dat het rulingbeleid wordt hervormd.¹⁵³² Al met al is er mijns inziens in de laatste jaren een verharding te constateren in de relatie tussen de Nederlandse belastingplichtige (en de adviseur) met de Nederlandse Belastingdienst (hoofdstuk 2.10).
- Zowel in Nederland als Duitsland hebben andere rechtsgebieden, zoals het civiele recht, invloed op het fiscale recht (hoofdstuk 2.11).

Uit het onderzochte in hoofdstuk 2 kunnen mijns inziens de volgende conclusies worden getrokken. Ten eerste geven mijn bevindingen (deels) een verklaring waarom de bestaande rechtsregels in de winstbelasting van lichamen in Nederland en Duitsland zijn zoals ze zijn.¹⁵³³ Ten tweede kan mijns inziens geconcludeerd worden dat Nederland en Duitsland veel met dezelfde factoren te maken hebben die de winstbelasting van lichamen kunnen beïnvloeden. Mijns inziens zijn deze verschillen niet van dien aard dat op voorhand geconcludeerd kan worden dat een Duitse rechtsregel niet zou passen binnen het bestaande Nederlandse rechtstelsel (vergelijk de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader). Ten derde is mijns inziens uit dit hoofdstuk duidelijk geworden dat een aantal factoren extra aandacht verdient. Zo is gebleken dat het internationale en Europese recht een belangrijke invloed hebben (gehad) op de nationale wetgeving in beide landen. Dit aspect is in mijn onderzoek naar voren gekomen door de rechtsregels te toetsen aan internationaal- en Europees recht (onderdeel van de fiscaal-juridische toets) en daarnaast aan de internationale/ Europese *ontwikkelingentoets* (de discussie over fair share, het fiscale vestigingsklimaat en mogelijke invoering van een C(C)CTB). Verder is het mijns inziens opvallend dat in Duitsland expliciet door het *Bundesverfassungsgericht* aan de grondwet en algemene rechtsbeginselen getoetst kan worden. Dit punt komt ook nadrukkelijk in de fiscaal-juridische toets uit mijn toetsingskader naar voren. Daarnaast bleek uit dit hoofdstuk dat het interessant is om te onderzoeken hoe een rechtsregel in Nederland en Duitsland – gegeven de ratio – is vormgegeven en wordt uitgevoerd en gehandhaafd. In de uitvoeringssfeer (Belastingdienst versus *Finanzverwaltung*) heb ik namelijk de nodige verschillen tussen Duitsland en Nederland geconstateerd. Dit punt komt in mijn onderzoek nadrukkelijk terug in de fiscaal-beleidsanalytische toets uit mijn toetsingskader.

11.3 De conclusies uit de rechtsvergelijkende hoofdstukken 3 t/m 10

In hoofdstuk 3 tot en met 10 heb ik de rechtsregels van de belangrijkste leerstukken in de Nederlands vennootschapsbelasting vergeleken met de rechtsregels uit de Duitse *Körperschaftsteuer* en indien relevant (interessant) met de *Gewerbesteuer*.

In hoofdstuk 3 heb ik eerst *de hoofdlijnen* van de winstbelasting van lichamen in beide landen onderzocht. In dat hoofdstuk heb ik uiteen gezet welke winstbelastingen van lichamen in Nederland en Duitsland van toepassing zijn (geweest) en welke verschillen en overeenkomsten er bestaan tussen de (ontwikkeling van de) winstbelasting van lichamen in beide landen. In hoofdstuk 4 heb ik

¹⁵³¹ Dat neemt niet weg dat er zowel in Nederland als in Duitsland in de loop der jaren zowel de nodige IT- als personeelsproblemen zijn geweest. Zie hierover ook hoofdstuk 2.10.1 en A.C. Breuer/A.J.A. Stevens, *Fiscale ontwikkelingen in Duitsland*, WFR 2016/3, paragraaf 7.

¹⁵³² Brief van de staatssecretaris van Financiën, 18 februari 2018, onderzoek rulings met een internationaal karakter, kenmerk 2018-0000024590.

¹⁵³³ In gelijke zin H. Vording, *Waarom was rente ook al weer aftrekbaar*, NTFR 2011/1960. Hij merkt op dat fiscale wetgeving padafhankelijk is en dat de opties van nu voornamelijk bepaald worden door keuzen uit het verleden. Hij geeft aan dat de belangrijkste verklaring voor onze fiscale regels daarmee is dat we ze nu eenmaal hebben; bestaande maatschappelijke belangen hebben zich naar die regels gevoegd en ze waar nodig wat aangepast.

onderzoek gedaan naar de vraag *wie* er belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting (de subjectieve belastingplicht), respectievelijk de *Körperschaftsteuer*. In hoofdstuk 5 heb ik onderzocht hoe het fiscale winstbegrip (object van heffing) is ingevuld en wat de verhouding is met het commerciële winstbegrip. In hoofdstuk 6 heb ik onderzoek gedaan naar de verliesverrekeningsregels in de vennootschapsbelasting, respectievelijk de *Körperschaftsteuer* en uiteengezet welke verschillen en overeenkomsten er bestaan tussen de verliesverrekeningstermijnen, houdster - en financieringsverliesregeling en de regeling ter voorkoming van handel in verlieslichamen. In hoofdstuk 7 ben ik ingegaan op de fiscale regels rondom financieringsaspecten in de vennootschapsbelasting, respectievelijk de *Körperschaftsteuer*. Het leerstuk van de onzakelijke lening en renteaftrekbeperkingen zijn in dat hoofdstuk onderzocht. In hoofdstuk 8 is het deelnemingsvrijstellingregime aan bod gekomen, waarbij ook rekening is gehouden met toekomstige CFC-wetgeving. Daarnaast is het compartimenteringsleerstuk nader besproken. In hoofdstuk 9 heb ik het fiscale eenheidsregime vergeleken met het *Organschaft* regime. De (fiscale) fusie- en splitsingsfaciliteiten zijn onderzocht in hoofdstuk 10.

De rechtsvergelijking heeft geresulteerd in onderzoek en analyses van de hieronder mijns inziens meest conceptuele / fundamentele discussiepunten met betrekking tot het desbetreffende leerstuk. De discussiepunten heb ik onderzocht aan de hand van het door mij opgestelde toetsingskader en uitvoerig geanalyseerd en beantwoord in de slotbeschouwing/conclusie van het genoemde hoofdstuk. Ik volsta hier dan ook met een verwijzing naar de desbetreffende hoofdstukken en geef slechts kort en concreet een antwoord op de discussiepunten.¹⁵³⁴

1. Is er in Duitsland wel een eenduidige rechtsgrondslag voor de vennootschapsbelasting?

Nee, in Duitsland heb ik geen andere rechtsgrondslagen of zienswijzen ten aanzien van de *Körperschaftsteuer* en *Gewerbsteuer* gevonden, die ook van toepassing zouden kunnen zijn ten aanzien van de vennootschapsbelasting, of het bestaan van een vennootschapsbelasting beter zouden kunnen verklaren. Mijns inziens kan de bestaansreden in beide landen ontleend worden aan de feitelijke (complementaire) functie ervan. De keuze door Nederland en Duitsland voor een winstbelasting van lichamen is mijns inziens vanuit een praktisch en pragmatisch oogpunt begrijpelijk (hoofdstuk 3.4.1).

2. De Thesaurierungsbegünstigung¹⁵³⁵, iets voor Nederland?

Nee, invoering van de Duitse *Thesaurierungsbegünstigung als zodanig* in Nederland is mijns inziens niet aanbevelenswaardig. De *intentie* van de Duitse wetgever een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting in te voeren vind ik wel aanbevelenswaardig voor de Nederlandse wetgever (hoofdstuk 3.4.2).

3. De Gewerbsteuer, een gemeentelijke ondernemingsbelasting, iets voor Nederland?

Nee, de ervaringen met de Duitse *Gewerbsteuer* in ogenschouw nemende en rekening houdend met de argumenten voor het afschaffen van een ondernemingsbelasting in Nederland in 1950, is mijn conclusie dat het niet aanbevelenswaardig is dat Nederland een *Gewerbsteuer* of soortgelijke ondernemingsbelasting op gemeentelijk niveau invoert. Het enige aspect dat me wel aanspreekt, is dat de *Gewerbsteuer* van oorsprong rechtsvormneutraal is. Ongeacht de rechtsvorm is het de *onderneming* die als uitgangspunt wordt genomen (hoofdstuk 3.4.3).

4. De Duitse aanknopingspunten voor de subjectieve belastingplicht; een optie voor Nederland?

¹⁵³⁴ Volledigheidshalve merk ik nog op dat de invalshoek van mijn onderzoek een zoektocht is naar aanbevelenswaardige rechtsregels uit de Duitse winstbelasting van lichamen. Op het moment dat ik tot de conclusie kom dat een Duitse rechtsregel niet aanbevelenswaardig is, is een vervolgvraag hoe de Nederlandse rechtsregel dan wel ingevuld zou moeten worden. Alhoewel het opstellen van een blauwdruk van een nieuwe vennootschapsbelasting het bestek van mijn onderzoek te buiten gaat, heb ik op hoofdlijnen mijn zienswijze hierover in de desbetreffende hoofdstukken weergegeven.

¹⁵³⁵ Duitse personenvennootschappen hebben de mogelijkheid (optie) om niet-uitgekeerde winst hetzelfde te laten belasten als kapitaalvennootschappen (§ 34a EStG).

Ja, op hoofdlijnen kan mijns inziens gesteld worden dat beide landen er naar streven om inkomen in de vennootschapsbelasting, respectievelijk de *Körperschaftsteuer* te betrekken dat buiten het bereik van de inkomstenbelasting zou blijven. Het zou mijns inziens aanbevelenswaardig zijn dat Nederland wat betreft het aanknopingspunt voor onbeperkte belastingplicht aansluit bij de Duitse benadering. Dat zou inhouden dat het criterium "verhandelbaarheid van participaties" voor het (doorslaggevend) bepalen van de subjectieve belastingplicht zou komen te vervallen (hoofdstuk 4.4.1).

5. Een in beginsel onbeperkte subjectieve belastingplicht voor stichtingen en verenigingen; een optie voor Nederland?

Ja, in Duitsland is het criterium of er een onderneming wordt gedreven in beginsel niet relevant voor het bepalen van de (onbeperkte of beperkte) belastingplicht. Mijns inziens zou het omtrent de belastingplicht van verenigingen en stichtingen (en andere dan publiekrechtelijke rechtspersonen) aanbevelenswaardig zijn aan te sluiten bij de Duitse systematiek, zijnde de hoofdregel dat er een onbeperkte belastingplicht geldt voor verenigingen en stichtingen (ook bij louter beleggen). Als uitzondering zou dan moeten gelden dat een stichting of vereniging van belastingplicht is vrijgesteld, indien zij uitsluitend een non-profit (algemeen nut), liefdadige of kerkelijke functie heeft. De vrijstelling zou niet gelden voor zover er een "*wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb*" (een ondernemingsactiviteit) wordt uitgeoefend (hoofdstuk 4.4.2).

6. Een meer rule-based fiscaal winstbegrip; een optie voor Nederland?

Ja, mijns inziens is het aanbevelenswaardig dat de Nederlandse wetgever het fiscale winstbegrip, de hoofdlijnen van goedkoopmansgebruik wettelijk vastlegt, zoals in Duitsland meer het geval is ten aanzien van fiscale winstregels. Wat betreft de vraag welke regels dan wettelijk vastgelegd zouden moeten worden, merk ik op dat de wetgever bijvoorbeeld de invulling van het winstbegrip in de C(C)CTB als uitgangspunt zou kunnen nemen en het realisatiebeginsel als leidend beginsel zou kunnen aanmerken. Voor die gevallen waarbij het niet wenselijk is dat het realisatiebeginsel leidend is, zouden bepalingen gebaseerd op het voorzichtigheidsbeginsel¹⁵³⁶ en vervolgens het eenvoudigsbeginsel voorgeschreven kunnen worden (hoofdstuk 5.4.1).

7. Meer aansluiting zoeken bij het commerciële winstbegrip; een optie voor Nederland?

Ja, mijns inziens is het aanbevelenswaardig dat het fiscale winstbegrip meer aansluit bij het commerciële winstbegrip zoals in Duitsland het geval is (geweest). Wel zou dat mijns inziens in beide landen een commercieel winstbegrip moeten zijn dat uitgaat van "going concern" waardering en vastlegging. IFRS zou in ieder geval een goede inspiratiebron kunnen zijn voor de ontwikkeling van het fiscale winstbegrip in beide landen (hoofdstuk 5.4.2).

8. Mindestbesteuerung gecombineerd met een onbeperkte voorwaartse verliesverrekening, een optie voor Nederland?

Nee, weliswaar biedt de combinatie een oplossing voor het discussiepunt dat een beperkte verliesverrekening in strijd is met het totaalwinstprincipe, maar gezien de ervaringen in Duitsland met de *Mindestbesteuerung* vind ik het alles overwegende niet aanbevelenswaardig een dergelijke combinatie in te voeren. Het alleen invoeren van een onbeperkte voorwaartse verliesverrekening (zonder beperking ten aanzien van het jaarlijks aftrekbare bedrag) zou mijns inziens wel aanbevelenswaardig zijn, evenals een carry-back mogelijkheid van bijvoorbeeld drie jaar (hoofdstuk 6.4.1).

9. Zou de houdster- en financieringsverliesregeling afgeschaft moeten worden?

Ja, de houdster- en financieringsverliesregeling is mijns inziens terecht zwaar bekritiseerd door de Nederlandse wetenschap en praktijk. De regeling zou mijns inziens zo snel mogelijk moeten verdwijnen uit de Nederlandse vennootschapsbelastingwet. Duitsland heeft geen specifieke verliesverrekeningsbeperking ten aanzien van houdster- en financieringslichamen of een vergelijkbare regeling waarbij verliesverrekening ten aanzien van een bepaalde activiteit wordt

¹⁵³⁶ Vergelijk bijvoorbeeld het CCTB-voorstel, waarin specifieke bepalingen het mogelijk maken verliezen in aanmerking te nemen die zijn geleden vóór realisatie (bijv. voorzieningen, aftrek oninbare vorderingen, waardeverminderingen).

uitgezonderd, hetgeen nog als extra argument gezien kan worden dat een dergelijke bepaling gemist kan worden (hoofdstuk 6.4.2).

10. De Mantelkaufregeling, een optie voor Nederland?

Nee, ondanks dat er in beide landen kritiek is op het punt dat een regeling die de handel van verlieslichamen tegengaat een inbreuk maakt op de structuur en systematiek van de vennootschapsbelasting, respectievelijk *Körperschaftsteuer*, is mijns inziens terecht de gedachte achter de regeling (anti-misbruik) als zodanig over het algemeen wel aanvaard. De invulling van de Nederlandse antimisbruikbepaling vind ik beter dan de Duitse invulling, met andere woorden, ik vind het niet aanbevelenswaardig de Duitse *Mantelkaufregelung* (in plaats van het huidige art. 20a Wet VPB 1969) in de Nederlandse vennootschapsbelasting op te nemen (hoofdstuk 6.4.3).

11. De Duitse wettelijke rechtsregels inzake de onzakelijke lening, een optie voor Nederland?

Nee, hoewel ik er wel voorstander van ben om de hoofdlijnen van een belangrijk leerstuk zoals de onzakelijke lening wettelijk vast te leggen, vind ik de Duitse wettelijke invulling van de onzakelijke leningleer niet aanbevelenswaardig. Er zijn in Duitsland ten minste net zo veel, zo niet meer en mijns inziens meer fundamentele openstaande vragen en kritiekpunten ten aanzien van de onzakelijke lening dan in Nederland. Ik ben van mening dat de Nederlandse wetgever wettelijk zou moeten ingrijpen en de belangrijkste kernelementen uit de onzakelijke leningjurisprudentie zou moeten vastleggen. Ik ben het eens met de door de rechter ontwikkelde methode voor *het vaststellen* (met het rentepercentage als corrigerende factor) van een onzakelijke lening. Dit aspect (dus inclusief het opnemen van de materiele voorwaarden wanneer er sprake is van een onzakelijke lening) zou de wetgever kunnen vastleggen in de wet. Vervolgens, als is vastgesteld dat er sprake is van een onzakelijke lening, zou de wetgever mijns inziens de desbetreffende lening moeten herkwalificeren naar kapitaal (hoofdstuk 7.4.1).

12. De Duitse EBITDA-regeling; een optie voor Nederland?

Ja, nu de Antibelastingontwijkingsrichtlijn (ATAD1) is aangenomen, met daarin een EBITDA-regeling (earningsstrippingmaatregel) is het niet meer de vraag of het aanbevelenswaardig is om een EBITDA-regeling in de Nederlandse vennootschapsbelasting op te nemen. Nederland is immers op grond van (secundair) EU-recht verplicht deze te implementeren. Aangezien Duitsland al sinds 1 januari 2008 een earningsstrippingmaatregel als (enige) generieke renteaftrekbeperking hanteert, is het mijns inziens aanbevelenswaardig dat Nederland inspiratie opdoet van de ervaringen die Duitsland heeft met de regeling (bijvoorbeeld omtrent de MKB-drempel, groepsuitzonderingen en procyclische werking). Ook het punt dat in Duitsland het *Bundesfinanzhof* de EBITDA-regeling in strijd acht met de Duitse grondwet is een ontwikkeling die mijns inziens door de Nederlandse wetgever nauwlettend in de gaten moet worden gehouden. Wat betreft de door de Antibelastingontwijkingsrichtlijn toegestane optiemogelijkheden pleit ik – in tegenstelling tot wat door de nieuwe regering in het regeerakkoord is voorgesteld – voor ruime ontsnappings- en tegenbewijsmogelijkheden. Duitsland kent naast een earningsstrippingmaatregel (die bij de groepsuitzondering wel rekening houdt met leningen van aandeelhouders) geen enkele andere renteaftrekbeperking in de *Körperschaftsteuer*. Mede daardoor geïnspireerd zou mijns inziens Nederland (zoals de regeering ook voornemens is) zoveel mogelijke huidige specifieke renteaftrekbeperkingen moeten schrappen. Ik ben van mening dat het huidige art. 10a Wet VPB 1969 zich wel laat combineren met een EBITDA-regeling (hoofdstuk 7.4.2).

13. De rechtsgrondslag van de deelnemingsvrijstelling in Duitsland en de gevolgen ten aanzien van voorwaarden en het vrij te stellen object; een optie voor Nederland?

Ja, de Nederlandse wetgever zou mijns inziens de voorwaarden voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling (bezitsvereiste,¹⁵³⁷ non-voorraadeis, niet kwalificerende beleggingsdeelneming) moeten schrappen. Het ne-bis-in-idem beginsel (en niet zozeer de verlengstukgedachte) en kapitaalimportneutraliteit zouden leidend moeten zijn. Misbruikssituaties, of ongewenste toepassing van de deelnemingsvrijstelling kunnen worden bestreden door toepassing van *fraus legis* en/of door de op grond van de Antibelastingontwijkingsrichtlijn verplicht in te voeren CFC-wetgeving in Nederland. In deze gevallen zou Nederland de verrekeningsmethode kunnen

¹⁵³⁷ Daarmee bedoel ik de periode tot 28 februari 2013, waarin er geen bezitsvereiste voor dividenden voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling in Duitsland gold.

toepassen, waarmee het kapitaalexportneutraliteit nastreeft. Nederland zou er goed aan doen de ervaringen die Duitsland heeft met het toepassen van CFC-regelgeving nader te bestuderen. De huidige Duitse CFC-regels lijken mij niet aanbevelenswaardig voor Nederland. Uit de Duitse wetenschap en praktijk komt met name een oproep om de in hun ogen verouderde CFC-regels te vereenvoudigen en te hervormen.

Het feit dat Duitsland geen liquidatieverliesregeling heeft en deelnemingsvoordelen voor 95% vrijstelt, past mijns inziens niet in het deelnemingsvrijstellingsregime. Dat neemt niet weg dat ik kritiek heb op de manier waarop de Nederlandse wetgever de huidige liquidatieverliesregeling inhoudelijk heeft ingevuld (hoofdstuk 8.4.1).

14. Wel of geen compartimentering in de deelnemingsvrijstelling?

Mijns inziens behoort het tot de beleidsvrijheid van de wetgever om in bepaalde situaties, indien de wetgever vindt dat inwerkingtreding met onmiddellijke werking tot onwenselijke gevolgen leidt, aanvullende overgangsmaatregelen, of toepassing van compartimenteren in de wet op te nemen. Indien de wetgever een vorm van overgangsrecht of eerbiedigende werking (bijvoorbeeld toepassing van compartimentering) wenst, dan ben ik het met de Hoge Raad (BNB 2013/177) eens dat de wetgever dit zelf expliciet wettelijk moet regelen en niet moet overlaten aan de rechter zoals door de Nederlandse wetgever is gedaan. Wat dat betreft had de Nederlandse wetgever een voorbeeld kunnen nemen aan de Duitse overgangsregeling in 2001 bij de hervorming destijds. De keuze van de Nederlandse wetgever om compartimentering toe te passen bij sfeerovergangen in de deelnemingsvrijstelling vind ik op zich juist. Dat neemt niet weg dat ik kritiek heb op de manier waarop de wetgever de compartimenteringsleer (inhoudelijk) wettelijk heeft ingevuld (hoofdstuk 8.4.2).

15. Het Organschaftregime, iets voor Nederland?

Nee, mijns inziens is het niet aanbevelenswaardig het fiscale eenheidsregime te vervangen door het Duitse *Organschaft* regime als geheel. Ten aanzien van het *Organschaft* regime bestaan er mijns inziens nog meer Europeesrechtelijke bedenkingen dan ten aanzien van het Nederlandse fiscale eenheidsregime. Daarnaast bestaat er in Duitsland veel kritiek op het verplicht afsluiten van een civielrechtelijke overeenkomst, de *Gewinnabführungsvertrag*, voor de totstandkoming van de *Organschaft*. Ik vind dat het Duitse regime op één punt wel een aanbevelenswaardige benadering kent, namelijk de mogelijkheid voor een ieder (zowel natuurlijke persoon als rechtspersoon, waaronder ook stichtingen en verenigingen) als *Organträger* op te treden. Een regime waarbij het mogelijk is dat alle personen of lichamen die een economische eenheid vormen als één geheel worden belast, is mijns inziens principieel juist als de economische werkelijkheid als uitgangspunt wordt genomen. De rechtsvormneutraliteit die Duitsland hier nastreeft, zou voor Nederland een inspiratie kunnen zijn door in ieder geval vennootschapsbelastingplichtige lichamen (zoals stichtingen en verenigingen die een onderneming drijven) de mogelijkheid te bieden deel uit te maken van een fiscale eenheid. In het licht van de uitkomst van de op 22 februari 2018 gewezen arresten van het Europese Hof van Justie over de per-element-benadering en de discussie over een toekomstigbestendig fiscale eenheidsregime, ben ik van mening dat gezien het doel en de strekking van de fiscale eenheid de opgaan-in-gedachte zoveel mogelijk in tact moet worden gelaten. Mijns inziens zou bijvoorbeeld de spoedreparatiewetgeving omgezet kunnen worden in definitieve wetgeving, of een (beperkte variant) van een grensoverschrijdende fiscale eenheidsregime ingevoerd kunnen worden (hoofdstuk 9.4.1).

16. Heeft Duitsland de Fusierichtlijntekst beter geïmplementeerd in de nationale wet?

Nee, de Duitse implementatie van de Fusierichtlijn in het UmwStG en de uitleg van de Fusierichtlijntekst in Duitsland biedt geen punten van aanbeveling voor Nederland. In Duitsland spelen er soortgelijke discussies als in Nederland op dit punt (hoofdstuk 10.4.1).

17. Is het concept van de fiscale indeplaatstreding in Duitsland aanbevelenswaardig?

Nee, beide landen handhaven de claim door er van uit te gaan dat de overnemer/verkrijger in de plaats treedt van de inbrenger/overdrager. De fiscale indeplaatstreding wordt mijns inziens in Duitsland, evenals in Nederland, niet consistent toepast. Alles overziend, is mijns inziens het concept van de fiscale indeplaatstreding in Duitsland niet wezenlijk anders dan in Nederland. Wel ben ik van mening dat de mogelijkheid in Duitsland van het kunnen doorschuiven tegen een *tussenwaarde*

aanbevelenswaardig is om te implementeren in de Nederlandse wetgeving. Op het moment dat de overdrager er voor kan kiezen om door te schuiven tegen een waarde gelijk aan zijn nog te verrekenen verliezen, zou dat recht doen aan de totaalwinstgedachte en voor zowel belastingplichtigen als voor de Belastingdienst eenvoudiger kunnen zijn (hoofdstuk 10.4.2).

18. Een *Umwandlungsteuergesetz* (reorganisatiewet); iets voor Nederland?

Nee, alles overwegende vind ik het niet aanbevelenswaardig een op Duitse leest geschoeide reorganisatiewet in Nederland in te voeren. Het Duitse *Umwandlungsteuergesetz* leidt niet tot een meer logische, systematische, innerlijk consistentere wetgeving dan nu in Nederland het geval is. Wel vind ik het aanbevelenswaardig dat Nederland net als in Duitsland meer mogelijkheden zou moeten bieden met betrekking tot het kunnen fuseren, splitsen, of omzetten tussen (en met) ondernemingen van natuurlijke personen, personenvennootschappen en rechtspersonen (hoofdstuk 10.4.3).

11.4 Het antwoord op mijn onderzoeksvraag en bevindingen

Al met al ben ik tot de conclusie gekomen dat de volgende rechtsregels uit de Duitse winstbelasting van lichamen aanbevelenswaardig zijn voor de Nederlandse vennootschapsbelasting:

- De gedachte/intentie van de Duitse wetgever een rechtsvormneutrale winstbelasting in te voeren. De in 2008 in Duitsland ingevoerde *Thesaurierungsbegünstigung* voldoet daar (met name in de uitwerking) niet aan, maar kan wel dienen als inspiratie voor een mijns inziens gewenste ondernemingswinstbelasting in Nederland.
- Aansluiten bij het door Duitsland gehanteerde aanknopingspunt voor onbeperkte belastingplicht, wat mijns inziens met name concreet inhoudt dat het criterium “verhandelbaarheid van participaties” voor het (doorslaggevend) bepalen van de subjectieve belastingplicht zou komen te vervallen.
- Verenigingen en stichtingen (en andere dan publiekrechtelijke rechtspersonen) als hoofdregel onbeperkt belastingplichtig aanmerken. Als uitzondering geldt dan dat een stichting of vereniging van belastingplicht is vrijgesteld, indien uitsluitend een non-profit (algemeen nut), liefdadige of kerkelijke functie wordt uitgeoefend. De vrijstelling geldt niet voor zover er een onderneming wordt uitgeoefend.
- De hoofdlijnen rondom het fiscale winstbegrip meer wettelijk vastleggen, hetgeen in Nederland zou betekenen dat de hoofdlijnen/regels rondom goedkoopmansgebruik (meer) wettelijk zouden worden vastgelegd.
- Het fiscale winstbegrip meer aansluiten bij het commerciële winstbegrip, zoals in Duitsland het geval is (geweest). Wel zou dat mijns inziens een commercieel winstbegrip moeten zijn dat uitgaat van “going concern” waardering en vastlegging. IFRS zou een goede inspiratiebron voor de ontwikkeling van het fiscale winstbegrip in beide landen kunnen zijn.
- Een wettelijke bepaling invoeren waarin de Nederlandse wetgever de hoofdregels rondom het vaststellen van een onzakelijke lening vastlegt. De Duitse wettelijke invulling van de onzakelijke leningleer is echter niet aanbevelenswaardig.
- Een analyse maken van de ervaringen die Duitsland heeft met de op grond van EU-recht verplicht in te voeren earningsstrippingmaatregel. Andere renteaftrekbeperkingen zouden zoveel mogelijk geschrapt moeten worden, met eventuele uitzondering van art. 10a Wet VPB 1969 (vergelijk de situatie in Duitsland die naast de earningsstripping geen andere renteaftrekbeperking in de *Körperschaftsteuer* kent).
- Geen nadere voorwaarden¹⁵³⁸ stellen voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling. De bezitsvereiste, non-voorraadeis en regels rondom de niet kwalificerende beleggingsdeelneming zouden dus mijns inziens kunnen worden geschrapt. Het ne-bis-in-idem beginsel en kapitaalimportneutraliteit zouden leidend moeten zijn. Misbruiksituaties, of ongewenste toepassing van de deelnemingsvrijstelling kunnen worden bestreden door toepassing van *fraus legis* en/of door de op grond van de Antibelastingontwikkelingsrichtlijn (ATAD1) verplicht in te voeren CFC-wetgeving in Nederland. Wat betreft dat laatste is het

¹⁵³⁸ Daarmee bedoel ik de periode tot 28 februari 2013, waarin er nog geen bezitsvereiste voor dividenden voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling in Duitsland gold.

mijns inziens aanbevelenswaardig dat de Nederlandse wetgever de ervaringen die Duitsland heeft met CFC-wetgeving analyseert.

- De mogelijkheid invoeren dat ieder vennootschapsbelastingplichtig lichaam (dus bijvoorbeeld ook een stichting of vereniging) deel kan uitmaken van een fiscale eenheid. Deze rechtsvormneutraliteit die Duitsland hanteert bij het kunnen vormen van een *Organschaft* zou voor Nederland een inspiratie kunnen zijn.
- De mogelijkheid invoeren van het kunnen doorschuiven tegen een *tussenwaarde* bij fusie, of splitsing. Op het moment dat de overdrager er voor kan kiezen om door te schuiven tegen een waarde gelijk aan haar nog te verrekenen verliezen, zou dat recht doen aan de totaalwinstgedachte en voor zowel belastingplichtigen als voor de Belastingdienst eenvoudiger kunnen zijn.
- De mogelijkheid invoeren van het kunnen fuseren, splitsen, of omzetten tussen en met ondernemingen van natuurlijke personen, personenvennootschappen en rechtspersonen. De rechtsvormneutraliteit die Duitsland hier hanteert, zou voor Nederland een inspiratie kunnen zijn.

Mijn onderzoek en bovenstaande punten geven mij aanleiding om een en ander nog verder in perspectief te plaatsen met de volgende, algemene bevindingen.

Bevinding 1: de Duitse Körperschaftsteuer en/of Gewerbesteuer is niet principiëler

Over het algemeen staat de wetgeving in Duitsland bekend als consistent en principiëel. Toch heb ik in mijn onderzoek (meer dan ik had verwacht) de nodige inconsistente en niet-principiële regels in de *Körperschaftsteuer* en *Gewerbesteuer* aangetroffen. Hieruit blijkt mijns inziens dat er in Duitsland net als in Nederland een wezenlijk verschil is in de wetenschappelijke zienswijze en uitleg van (grond)rechten en beginselen en de politieke omzetting daarvan. Met andere woorden, mijns inziens kan geconcludeerd worden dat zowel in Duitsland als in Nederland in de wetenschap oog is voor een theoretische en systematische belastingheffing en dat bij politici een praktische invalshoek met accent op de achterban lijkt te prevaleren.

Bevinding 2: In Duitsland is er meer oog voor rechtsvormneutraliteit

Uit mijn onderzoek is gebleken dat er in Duitsland bij de winstbelasting van lichamen meer oog is voor rechtsvormneutraliteit. Dit blijkt onder andere uit de *Gewerbesteuer* die van toepassing is als een onderneming een *Gewerbe* uitoefent, dus onafhankelijk van de rechtsvorm (zie hoofdstuk 3.3.1.2), de invoering van de *Thesaurierungsbegünstigung* waarmee getracht is rechtsvormneutraliteit te bewerkstelligen door ingehouden winsten van personenvennootschappen gelijk te belasten als lichamen (zie hoofdstuk 3.3.4.1), *Organschaft* mogelijkheden voor personenvennootschappen en rechtsvormen zoals de stichting, vereniging (zie hoofdstuk 9.3.3.5) en de fusie en splitsingsmogelijkheden voor personenvennootschappen (ongeacht de rechtsvorm kunnen personenvennootschappen en lichamen met elkaar of tussen elkaar fuseren en splitsen). Dat er in Duitsland meer gestreefd wordt naar rechtsvormneutraliteit zou wellicht teruggevoerd kunnen worden op het feit dat in Duitsland de middenstand en familieondernemingen van oudsher meer centraal staan dan in Nederland (zie hoofdstuk 2.3.2). Mijns inziens zijn er juridisch gezien vrijwel alleen argumenten pro te vinden voor het willen nastreven van rechtsvormneutraliteit (zie hoofdstuk 3.2.5.2). De voornaamste redenen waarom de volledige rechtsvormneutraliteit niet wordt gerealiseerd, zijn mijns inziens met name budgettaire, politieke en praktische (internationale) redenen. Ik denk dat Nederland op dit vlak inspiratie kan opdoen en kan leren van de ervaringen in Duitsland. In Duitsland lijkt er daarnaast meer oog te zijn voor de onderlinge samenhang binnen het fiscale systeem, zoals bij de balans (globale evenwicht) tussen de belastingheffing van ondernemers, aandeelhouders én niet-ondernemers (werknemers).

Bevinding 3: In Duitsland is er een sterkere band met het civiele recht

In Duitsland wordt (van oudsher) in de *Körperschaftsteuer* veel sterker geleund op het civiele recht. Anders geformuleerd, is mijns inziens in Nederland de relatie tussen het civiele en het fiscale recht veel meer losgelaten dan in Duitsland het geval is. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de fiscale winstbepalingsregels in Duitsland die een sterke band hebben (gehad) met het handelsrecht (zie hoofdstuk 5.3.2). Dit blijkt verder duidelijk uit het *Organschaft* regime, waarbij het *Ergebnisabführungsvertrag* wordt ingevoerd in het handelsregister en voor zowel commerciële- als

fiscale doeleinden geldt (zie hoofdstuk 9.3.3.1.1). Dat volgt ook uit de fusie- en splitsingfaciliteiten die in Duitsland sterk leunen op de civielrechtelijke mogelijkheden (zie hoofdstuk 10.3). De constatering dat Duitsland een sterkere band heeft met het civiele recht leidt er mijns inziens niet toe dat dit aanbevelenswaardig voor Nederland is. Zoals reeds opgemerkt, geldt dat mijns inziens alleen voor wat betreft de aansluiting tussen het commerciële- en fiscale winstbegrip.

Bevinding 4: de Duitse wetgever regelt het zelf (minder open normen)

Alles overziend, ben ik tot de conclusie gekomen dat er in Duitsland meer sprake is van een rule-based benadering, of anders geformuleerd dat Duitsland minder open normen hanteert. De Duitse wetgever heeft bijvoorbeeld de regels omtrent fiscale winstbepaling, het leerstuk van de onzakelijke lening en het overgangsrecht met betrekking tot de deelnemingsvrijstelling uitgeschreven en vastgelegd in wettelijke regels, daar waar de Nederlandse wetgever de invulling van desbetreffende leerstukken heeft overgelaten aan de rechter. Zoals uit mijn onderzoek en conclusies is gebleken, ben ik zelf voorstander van het meer wettelijk vastleggen van in ieder geval de hoofdlijnen van leerstukken uit de vennootschapsbelasting, waarbij er uiteraard oog moet zijn voor de manier waarop de wettelijke regeling vervolgens vorm wordt gegeven. Het punt dat er in Duitsland meer wettelijk wordt vastgelegd, is mogelijk ook een verklaring waarom ik in de uitvoering- en handhavingssfeer enige verschillen heb geconstateerd. Open normen passen wat dat betreft bij een pragmatische uitvoerende Nederlandse Belastingdienst. Doordat de Duitse wetgever zelf wettelijk alles regelt, zou het gevolg hiervan kunnen zijn dat de *Finanzverwaltung* minder beoordelingsruimte ziet en zich terughoudender opstelt.

Bevinding 5: Relatief veel rechtsregels met overkill

In beide landen komt mijns inziens de huidige wettelijke invulling (omzetting) van de rechtsregel niet altijd goed overeen met de oorspronkelijke gedachte achter een regeling (ratio). Uit mijn onderzoek lijkt dit in Duitsland vaker voor te komen dan in Nederland. Dit blijkt mijns inziens bijvoorbeeld uit de *Mindestbesteuerung* (de verliesverrekeningstemporisering) die louter om budgettaire redenen is ingevoerd (zie hoofdstuk 6.3.2.1.1 en 6.4.1); de *Mantelkauf*regeling die verder gaat dan alleen het bestrijden van de handel in verlieslichamen (zie hoofdstuk 6.4.3); de wettelijke invulling van de onzakelijke lening die verder gaat dan alleen de in eerste instantie beoogde deelnemingssituaties (zie hoofdstuk 7.3.2.5); invoering van de bezitsei voor dividenden in de deelnemingsvrijstelling die als oplossing dient voor een probleem in de dividendbelasting (zie hoofdstuk 8.3.3.1); de gedachte achter het *Organschaft*regime die zich mijns inziens leent voor een opgaan-in-gedachte zoals we die in Nederland kennen (zie hoofdstuk 9.4.1) en de verschillende gehanteerde antimisbruik(termijnen) bij de fusie en splitsing faciliteiten (zie hoofdstuk 10.4.1). Het is mij opgevallen dat relatief veel rechtsregels in Duitsland overkill bevatten. Desbetreffende rechtsregels staan onder de verdenking in strijd te zijn met het *objektive Nettoprinzip*. Dit betekent dat de regeling in strijd wordt geacht met het hogere recht, namelijk met het draagkrachtbeginsel als uitvloeisel van het gelijkheidsbeginsel.

Bevinding 6: Uitvoerings- en handhavingsbeleid; in het belang van de schatkist

Al doet de wetgever er alles aan de *bedoeling* achter een regeling om te zetten in een wettelijke regeling, dan nog komt het regelmatig voor dat niet iedereen het eens is over hoe een wettelijke regeling moet worden uitgelegd. Het is mij opgevallen dat er een verschil is in hoe daar in Nederland en Duitsland mee wordt omgegaan. Over het algemeen kan mijns inziens gesteld worden dat er in Nederland tussen de Belastingdienst en belastingplichtige (in vooroverleg) gediscussieerd wordt over de uitleg van een bepaalde rechtsregel. Vervolgens wordt er binnen de wet en regelgeving gezocht naar een praktische / pragmatische oplossing, waarmee beide partijen zijn gebaat. Het vooroverleg, het ruingbeleid, het horizontaal toezicht traject, de goedkeuringen in beleidsbesluiten en simpelweg de mogelijkheid om regelmatig met de Belastingdienst te kunnen discussiëren over de fiscale regels zijn daar duidelijke voorbeelden van.¹⁵³⁹ Ik heb een ander beeld van hoe het er in Duitsland aan toegaat. Daar is mijns inziens veel minder een cultuur aanwezig waarbij er in beleidsbesluiten of door middel van overleg voor pragmatische en voor beide partijen werkbare

¹⁵³⁹ Ik merk op dat er in de laatste jaren wel signalen zijn dat deze verstandhouding tussen de Belastingdienst en de belastingplichtige onder druk staat door de huidige problemen bij de Belastingdienst en door de voortdurende (maatschappelijke) discussie over belastingontduiking en belastingontwijking (zie verder hoofdstuk 2.11).

oplossingen wordt gekozen. Op diverse plaatsen in mijn onderzoek is aangehaald dat in de uitvoerende sfeer in beleidsbesluiten, of door de *Finanzverwaltung* standpunten worden ingenomen die enkel en alleen in het belang zijn van de Duitse schatkist. Daarnaast ben ik diverse malen tegengekomen dat Duitsland bij voor belastingplichtigen gunstige Europeesrechtelijke jurisprudentie of richtlijnen traag lijkt te zijn bij de omzetting van deze jurisprudentie of richtlijnen in nationaalrechtelijke bepalingen. Anders geformuleerd, lijkt de *Finanzverwaltung* mijns inziens veel vaker een partijdige belangenbehartiger te zijn die louter streeft naar opbrengstmaximalisatie voor de staat, zonder daarbij oog te hebben voor andere pleitbare zienswijzen/interpretaties van (Europeesrechtelijke) regelgeving.¹⁵⁴⁰ De hierboven door mij geconstateerde mismatch die er op sommige plekken is tussen de ratio en wettelijke invulling kan dus ook nog eens versterkt worden door een mijns inziens onbuigzame uitvoerende macht die weinig oog lijkt te hebben voor deze inconsistentie, of overkillsituaties. Voorbeelden hiervan zijn mijns inziens de interpretatie van de wet en beleidsbesluiten van de *Finanzverwaltung* bij de escape mogelijkheden in de *Mantelkaufregelung* (hoofdstuk 6.4.3), bij de onzakelijke lening (hoofdstuk 7.3.2), bij de toepassing van het overgang naar de 10% bezitseis voor dividenden (hoofdstuk 8.2.3.1), bij het *Ergebnisabführungsvertrag* (hoofdstuk 9.3.3.1.1) en bij de antimisbruikbepalingen van de fusie- en splitsingsfaciliteiten (hoofdstuk 10.4.1).¹⁵⁴¹

Het zou overigens kunnen dat mijn constatering dat Nederland meer open normen hanteert dan Duitsland (zie bevinding 4) hier een rol in speelt. Doordat de Duitse wetgever zelf wettelijk alles regelt, zou het gevolg hiervan kunnen zijn dat de *Finanzverwaltung* minder beoordelingsruimte ziet en zich terughoudender opstelt.

Bevinding 7: In Nederland doen we het in vergelijking met Duitsland op het gebied van de winstbelasting van lichamen zo slecht nog niet

Uit mijn onderzoek is gebleken dat het niet aanbevelenswaardig is een bepaald Duits leerstuk *in zijn geheel* in te voeren in de vennootschapsbelasting in Nederland. Het zijn meer kleine rechtsregels of

¹⁵⁴⁰ Hiermee beweer ik overigens niet dat de Nederlandse Belastingdienst niet het maximaal haalbare voor de Nederlandse staat eruit zou willen halen. Het komt mij voor dat de gevallen in Duitsland extremer zijn in vergelijking met Nederland.

¹⁵⁴¹ Een ander voorbeeld hiervan is de interpretatie van het Duitse *Bundeszentralamt für Steuern* van de Duitse antimisbruikbepaling §50d (3) EStG en de door Nederland en Duitsland overeengekomen versoepeling van deze bepaling in de Protocoltekst art. XV lid 3 en 4 bij het Verdrag Nederland – Duitsland. Dit punt is niet in mijn onderzoek naar voren gekomen, maar vind ik in dit kader wel interessant om te noemen. Kort samenvattend zorgt de antimisbruikbepaling er voor dat er alleen een vrijstelling of vermindering van Duitse bronbelasting mogelijk is als de ontvangende Nederlandse BV genoeg substance heeft. De versoepelingen van de bepaling luidt als volgt (Protocoltekst, artikel XV lid 3 en lid 4):

(3) Indien een natuurlijke persoon (onderstreping door mij) die inwoner is van Nederland aandelen bezit in een lichaam dat inwoner is van de Bondsrepubliek Duitsland via een of meer lichamen die inwoner zijn van Nederland, is de Duitse nationale wetgeving bedoeld in artikel 23 van het Verdrag niet van toepassing indien de Duitse belastingadministratie niet kan aantonen dat de tussenplaatsing van vorenbedoeld Nederlands lichaam een door fiscale motieven gedreven opzet betreft. De tussenplaatsing vormt geen door fiscale motieven gedreven opzet indien inkomen, indien dit wordt uitgekeerd aan de natuurlijke persoon, zal worden belast in Nederland.

(4) Voor de toepassing van de Duitse nationale belastingwetgeving op een Nederlands lichaam op grond van artikel 23 van het Verdrag behandelt de Bondsrepubliek Duitsland gelieerde ondernemingen in Nederland op geconsolideerde basis (onderstreping door mij).

Ten aanzien van een natuurlijk persoon is het *Bundeszentralamt* van mening dat het louter mag gaan om één natuurlijk persoon. In een praktijkcasus waren er meerdere natuurlijke personen (alle inwoner van Nederland) maar werd een verzoek om vermindering geweigerd. Gezien de bedoeling van de versoepeling is het standpunt van het *Bundeszentralamt* mijns inziens zeer discutabel. In een andere casus liet het *Bundeszentralamt* weten dat de versoepeling in lid 4 alleen van toepassing is bij een Nederlandse fiscale eenheid. Ook dat lijkt gezien de bedoeling van de versoepeling een zeer strikte en onnodige interpretatie, want er staat duidelijk gelieerde ondernemingen op geconsolideerde basis (en dat is ruimer dan alleen onze fiscale eenheid).

deelregelingen die mogelijk een verbetering kunnen betekenen. En dan nog zal veel afhangen van de daadwerkelijke geformuleerde wetgeving en hoe een en ander in de praktijk tot uitvoering wordt gebracht. Met name in de uitvoeringssfeer vind ik dat Nederland niet zozeer wat van Duitsland kan leren, maar dat dit eerder andersom het geval is. Al met al ben ik van mening dat het gras in de meeste gevallen niet groener is in Duitsland.¹⁵⁴² Maakt dat mijn onderzoek minder waardevol? Mijns inziens niet, integendeel, ik vind het van belang (ook) kennis te nemen van de rechtsregels die in Duitsland minder of niet functioneren (in die zin dat er veel kritiek op is). Het geeft alleen al de Nederlandse wetgever wellicht een rustgevend gevoel. Bovenal zou bij mogelijke toekomstige Nederlandse wetwijzigingen rekening gehouden kunnen worden met eventuele negatieve fiscale ervaringen (bijvoorbeeld bij de earningsstrippingmaatregel en CFC-wetgeving) van Duitsland op desbetreffend gebied. Mijn bevindingen ten aanzien van de Duitse rechtsregels in de *Körperschaftsteuer* en *Gewerbsteuer* kunnen dienen als slijpsteen om het eigen vennootschapsbelastingrecht te overdenken en te funderen.

Toekomstig onderzoek

Hierbij sluit ik mijn onderzoek (voor nu) af. Zoals in het hele leven blijven er ook na dit onderzoek genoeg vragen over. Zo heb ik in de verschillende hoofdstukken een keuze gemaakt bepaalde leerstukken of rechtsregels niet te onderzoeken. Daarnaast heb ik in hoofdstuk 1.3 aangegeven dat het buitengewoon interessant is bijvoorbeeld te onderzoeken welke rechtsregels in de *Nederlandse* winstbelasting van lichamen aanbevelenswaardig of een inspiratie kunnen zijn voor de *Duitse* winstbelasting van lichamen, of welke rechtsregels zich lenen zich voor *Nederlands - Duitse harmonisatie* van winstbelasting van lichamen, daarbij de (fiscale) belangen van zowel Nederland als Duitsland in ogenschouw nemend. Een andere invalshoek zou nog kunnen zijn welke rechtsregels in de Nederlandse winstbelasting van lichamen zich lenen om zo *onderscheidend te zijn ten opzichte van de Duitse winstbelasting* van lichamen om zodoende een zo aantrekkelijk mogelijk fiscaal vestigingsklimaat te behouden of te creëren. Na kennisname van dit onderzoek denk ik dat een ieder (impliciet) al een aardig beeld kan hebben van de antwoorden op deze onderzoeksvragen. Wellicht dat ik er in de toekomst zelf nog aan toekom. Ik ben in ieder geval voornemens de fiscale ontwikkelingen in (relatie met) Duitsland op de voet te blijven volgen.

1 april 2018
Frank Elsweier

¹⁵⁴² Het zou kunnen dat men in Duitsland wat sceptisch aankijkt tegen deze bevinding. Nederland heeft wat dat betreft een slecht imago ten aanzien van de belastingheffing van multinationals. Dit bleek des te meer naar aanleiding van publicatie van de zogenoemde "Paradise Papers". Hoekstra, net enkele weken Minister van Financiën moest naar aanleiding daarvan op 6 november 2017 in het Duitse journaal (*Tagesschau*) uitleg geven over belastingontwijking van de bedrijven Nike en Appleby via Nederland. De rechterhand van bondskanselier Merkel, Altmeier, zei dat hij in Brussel aandacht wil vragen voor de Nederlandse belastingconstructies (bron: NOS, nieuwsbericht "Nederland faciliteert belastingontwijking Nike", 6 november 2017). Dat neemt niet weg dat wat betreft de leerstukken die ik heb onderzocht de Duitse (wettelijke) invulling mijns inziens niet of nauwelijks beter is dan de Nederlandse.

12 Deutsche Zusammenfassung: Rechtsbestimmungen aus der deutschen Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer als Inspirationsquelle für die niederländische Körperschaftsteuer

In dieser Arbeit habe ich einen Rechtsvergleich zwischen der Körperschaftsteuer in den Niederlanden und Deutschland vorgenommen. Kurz zusammengefasst habe ich mich auf die Suche nach Rechtsbestimmungen aus der deutschen Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer gemacht, die möglicherweise für die niederländische Körperschaftsteuer empfehlenswert (Inspiration) sind. Nachstehend folgt eine Zusammenfassung dessen, was ich in den verschiedenen Kapiteln untersucht habe und der wichtigsten Schlussfolgerungen.

12.1 *Das wie, was und warum dieser Arbeit*

In Kapitel 1 habe ich unter anderem erklärt, was der Anlass und die Relevanz meiner rechtsvergleichenden Untersuchung mit der Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer in Deutschland ist. Daneben habe ich meine(n) Untersuchungsfrage, Prüfungskatalog, Struktur, Abgrenzung, Arbeitsweise und Untersuchungsmethode dargelegt. Meiner Ansicht nach kann meine Arbeit in wissenschaftlicher Hinsicht als Inspirationsquelle für ein besseres Verständnis und die Entwicklung des niederländischen nationalen Rechts, in diesem Falle der Körperschaftsteuer, dienen. Mittels eines Rechtsvergleichs mit der deutschen *Körperschaftsteuer* (und *Gewerbesteuer*) wird die niederländische Körperschaftsteuer in Perspektive gesetzt. Ich habe untersucht, ob Deutschland Lösungen für die meiner Meinung nach wichtigsten Diskussionspunkte in der niederländischen Körperschaftsteuer hat. Neben einem wissenschaftlichen Interesse hat meine Arbeit auch eine gesellschaftliche und steuerliche Relevanz. Die wichtigsten Rechtsfiguren der deutschen *Körperschaftsteuer* (und *Gewerbesteuer*) und der niederländischen Körperschaftsteuer werden untersucht und erklärt. Auch habe ich in Kapitel 1 dargelegt, warum sich gerade Deutschland für einen Rechtsvergleich eignet. In historischer und ökonomischer Hinsicht gehen die Beziehungen zwischen den Niederlanden und Deutschland (und den Vorgängern des heutigen Deutschland) Jahrhunderte zurück. Das niederländische und deutsche Steuersystem haben viele Berührungspunkte. Die Ursprünge unserer Körperschaftsteuer gehen auf die deutsche Besatzung zurück. Auch dieser Umstand trägt dazu bei, dass Deutschland ein äußerst geeignetes Land für einen Rechtsvergleich ist. Immerhin besteht eine gute Chance, dass eventuelle Verbesserungen aus der dem Grunde nach verwandten deutschen *Körperschaftsteuer* (und *Gewerbesteuer*) gut in das niederländische System einzufügen sind. Der Aufhänger, den ich für meine Untersuchung gewählt habe, ist *welche Rechtsbestimmungen aus der deutschen Körperschaftsteuer (und Gewerbesteuer) für die niederländische Körperschaftsteuer empfehlenswert sind*.

Diese Untersuchungsfrage umfasst verschiedene Begriffe. Unter „Rechtsbestimmungen“ verstehe ich Bestimmungen im breitesten und umfassendsten Wortsinn. Es können in der von mir beabsichtigten Auslegung sowohl gesetzlich kodifizierte Bestimmungen, als auch (Auslegungen von) Bestimmungen, die durch die richterliche Autorität zustande gekommen sind, sein. Es kann sich um eine Anzahl von Bestimmungen zusammen (eine Rechtsfigur), oder schlicht um eine einzelne Rechtsbestimmung handeln. Auch kann es sich um einen Teil einer Rechtsbestimmung handeln, und zwar dann, wenn beispielsweise die Rechtsbestimmung *als Ganzes* nicht empfehlenswert zu sein scheint. Unter der deutschen Körperschaftsteuer verstehe ich sowohl die *Körperschaftsteuer* als auch die *Gewerbesteuer*. Was für die niederländische Körperschaftsteuer empfehlenswert ist, ist diskutabel. Darum habe ich einen Prüfungskatalog gehandhabt, um meine Untersuchung und Ansicht darüber, „was empfehlenswert ist“ so viel als möglich zu objektivieren.

Die Diskussionsschwerpunkte in den Niederlanden und mögliche Alternativen in Deutschland habe ich anhand eines steuer-politischen, eines steuer-rechtlichen und eines steuer-gesetzestechischen Kriteriums sowie eines Kriteriums internationale/europäischen Steuerrechtsentwicklungen geprüft. Die Kriterien sind dem Prüfungskatalog des *Raad van State* (und implizit den Qualitätserfordernissen

aus der *Nota Zicht op wetgeving*¹⁵⁴³) entnommen, ergänzt durch die für meine Untersuchung meiner Ansicht nach als wichtig erachtete Prüfung, wie sich die Rechtsbestimmung im Hinblick auf internationale und europäische Steuerrechtsentwicklungen verhält.

Steuer-politisches Kriterium

Die Erfüllung dieses Kriterium bedeutet:

- Die Auswirkung (gesetzliche oder richterliche Ausgestaltung der Rechtsbestimmung) steht im Einklang mit dem Sinn und Zweck.
- Der Gesetzgeber hat mit Blick auf die Einführung oder Nicht-Einführung einer gesetzlichen Rechtsbestimmung die richtige Wahl getroffen.
- Die Rechtsbestimmung hat keine unbeabsichtigte nachteilige Nebeneffekte. *Underkill* oder *overkill* ist soweit wie möglich zu vermeiden.
- Die Rechtsbestimmung ist auf der richtigen Ebene eingeführt.
- Die Rechtsbestimmung sorgt für ein angemessenes Verhältnis von Nutzen und Lasten, die aus der Rechtsbestimmung hervorgehen können. In anderen Worten: Die Rechtsbestimmung führt nicht zu überproportionalen (administrativen) Lasten für den Steuerpflichtigen oder die Steuerbehörde.
- Die Rechtsbestimmung ist in ausreichender Weise (praktisch) durchführ- und handhabbar.

Steuer-rechtliches Kriterium

Die Erfüllung dieses Kriterium bedeutet:

- Die Rechtsbestimmung stimmt mit höherrangigem Recht überein. Das soll heißen, dass die Rechtsbestimmung mit internationalem Recht, Unionsrecht und dem Grundgesetz übereinstimmt. In Deutschland kann, anders als in den Niederlanden, sehr wohl anhand des Grundgesetzes und allgemeiner Rechtsprinzipien geprüft werden.
- Die Rechtsbestimmung stimmt mit den allgemeinen (steuerrechtlichen) Rechtsprinzipien überein, wie:
 - Das Gleichheitsprinzip. Meiner Ansicht nach kann das Leistungsfähigkeitsprinzip als ein Ausfluss des Gleichheitsprinzips betrachtet werden und spielt es auch in der Körperschaftsteuer eine Rolle. Eine Körperschaft kann mit Blick auf den Gesellschafter als selbstständig (ökonomisch und rechtlich) betrachtet werden, oder als Verlängerung des Gesellschafters. In beiden Fällen spielt meiner Ansicht nach das Leistungsfähigkeitsprinzip eine Rolle. Im ersten Fall direkt und im zweiten Fall indirekt. Um die Leistungsfähigkeit ermitteln zu können, stellt in der Einkommensteuer das Einkommen einer natürlichen Person den Ausgangspunkt dar. Meiner Ansicht nach liegt es auf der Hand, die Leistungsfähigkeit von Körperschaften anhand des *totaalwinst*¹⁵⁴⁴ zu ermitteln (*totaalwinst*-Prinzip).
 - Das Neutralitätsprinzip. Das Neutralitätsprinzip kann als Wunsch betrachtet werden, die durch die Körperschaftsteuer (und Steuern allgemein) hervorgerufenen Verzerrungen auf ein Minimum zu begrenzen. Es kann beispielsweise an (statische oder dynamische) Rechtsformneutralität und Finanzierungsneutralität gedacht werden.
- Das Rechtssicherheitsprinzip.
- Die Rechtsbestimmung passt in das bestehende niederländische Rechtssystem.

Steuer-gesetzestechisches Kriterium

Die Erfüllung dieses Kriteriums bedeutet:

- Die Rechtsbestimmung ist logisch und systematisch aufgebaut, konsistent und die verwendete Terminologie deutlich.

¹⁵⁴³ Zu dt. „Sicht auf die Gesetzgebung“. Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1 en 2 (*Nota Zicht op wetgeving* 1991).

¹⁵⁴⁴ Zu dt. „Gesamtgewinn“; vergleichbar in Deutschland ist der „Nettogewinn“ (bzw. das „Nettogewinnprinzip“), siehe unten (5.1).

- Die Rechtsbestimmung (und die *“parlementaire toelichting”*¹⁵⁴⁵) sind deutlich formuliert.
- Die Rechtsbestimmung ist einfach, deutlich und zugänglich.

Kriterium internationale/europäische Steuerrechtsentwicklungen

Neben der Prüfung der (oben) genannten eher klassischen Qualitätserfordernissen in Sachen Gesetzgebung bin ich der Meinung, dass es für meine Untersuchung relevant ist, auch internationale und europäische *Entwicklungen* in Betracht zu ziehen. Ich beurteile eine Rechtsbestimmung dann insbesondere im Licht der G(K)KB und dem steuerlichen Geschäftsklima in den Niederlanden. Übrigens meine ich nicht, dass die G(K)KB oder das steuerliche Geschäftsklima für die niederländischen Rechtsbestimmungen ausschlaggebend sein sollten, aber es ist meiner Ansicht nach auch nicht zu empfehlen, dass die Niederlande völlig gegen den europäischen G(K)KB-Strom schwimmen, oder dass die Niederlande die steuerlichen Rahmenbedingungen des Investitionsstandorts überhaupt keine Rechnung mehr tragen.

Es ist unwahrscheinlich, dass ein Diskussionspunkt mit Blick auf alle Kriterien gleich gut abschneiden wird. Bei der Analyse wird der Fokus auf die Kriterien gerichtet, die ein Diskussionspunkt *nicht oder in geringerem Maße* erfüllt. Die anderen Kriterien werden nur weiter beleuchtet, sofern sie für den Diskussionspunkt relevant sind und/oder falls klar ist, dass sie nicht oder nur in geringerem Maße erfüllt werden.

Meiner Meinung nach ist eine deutsche Rechtsbestimmung für die Niederlande dann empfehlenswert, wenn sie in mindestens einem Prüfungskriterium besser abschneidet und in den anderen nicht schlechter oder aber das bessere Abschneiden in einem Aspekt mehr wiegt als das schlechtere Abschneiden in einem (oder mehreren) anderen Bereich(en).

Trotz der Handhabung eines Prüfungskatalogs ist die Beurteilung, ob die Kriterien erfüllt/nicht erfüllt/in stärkerem oder geringerem Maße erfüllt sind, auch subjektiv. Die Abwägung und Beurteilung der Kriterien (subjektive Entscheidungen) habe ich, indem ich jede Abwägung erklärt und untermauert habe, so transparent als möglich dargelegt.

Um zu einer fundierten und untermauerten Antwort auf meine Untersuchungsfrage zu gelangen, habe ich in jedem Kapitel untersucht, wie die betreffende Rechtsbestimmung (die Rechtsfigur) in der heutigen niederländischen Körperschaftsteuer ausgestaltet ist und welche konzeptionellen / grundsätzlichen Diskussions(schwer)punkte es in den Niederlanden bezüglich der betreffenden Rechtsbestimmung gibt. Dabei bin ich auf bereits vorgebrachte Lösungsansätze eingegangen, habe meine eigene Meinung bezüglich der Diskussionspunkte und der Lösungsansätze abgegeben und habe die Rechtsbestimmung anhand meines Prüfungskatalogs beurteilt. Anschließend wird von mir untersucht, wie die betreffende Rechtsbestimmung (die Rechtsfigur) in der heutigen deutschen *Körperschaftsteuer* (und *Gewerbsteuer*) ausgestaltet ist. Zum Schluss habe ich in jedem Kapitel die niederländische und deutsche Rechtsbestimmung miteinander verglichen, die Übereinstimmungen und Unterschiede dargelegt und anhand meines Prüfungskatalogs analysiert, welche Rechtsbestimmung aus der deutschen *Körperschaftsteuer* und/oder *Gewerbsteuer* für die niederländische Körperschaftsteuer empfehlenswert ist.

Bevor eine fundierte Schlussfolgerung überhaupt möglich ist, bin ich der Meinung, dass auch die (steuerlichen) Faktoren, die einen Einfluss auf die Körperschaftsteuer haben können (von mir das steuerliche Umfeld genannt), näher zu untersuchen sind.

12.2 Die Schlussfolgerungen, was das steuerliche Umfeld der Körperschaftsteuer in beiden Ländern anbelangt

In Kapitel 2 habe ich untersucht, wie das steuerliche Umfeld rings um die Körperschaftsteuer in beiden Ländern aussieht. Bestehende Rechtsbestimmungen sind sowohl in Deutschland als auch in den Niederlanden in ein größeres Ganzes eingebettet und eine deutsche Rechtsbestimmung kann

¹⁵⁴⁵ Bestandteil der Gesetzesmaterialien aus dem niederländischen Gesetzgebungsverfahren, zu dt. „parlamentarische Erläuterung“.

nicht ohne Weiteres (indem nur auf die gesonderte Regelung abgestellt wird) in den Niederlanden implementiert werden.

Aus Kapitel 2 geht hervor, dass die Niederlande und Deutschland, was das steuerliche Umfeld rings um die Körperschaftsteuer anbelangt, viele Übereinstimmungen haben, aber auch diverse Unterschiede. Zusammenfassend habe ich die folgenden Punkte konstatiert.

- In demographischer, staatsrechtlicher und verwaltungstechnischer Hinsicht weichen die Niederlande einigermaßen von Deutschland ab. In steuerrechtlicher Hinsicht äußert sich das beispielsweise in dem Umstand, dass in Deutschland neben dem Bund - verglichen mit den Provinzen und Gemeinden in den Niederlanden - auch die Bundesländer und Kommunen relativ große (steuerrechtliche) Kompetenz haben (Kapitel 2.2).
- Deutschland und die Niederlande sind einander wichtige Handelspartner. Obwohl die niederländische Wirtschaft stark von der deutschen abhängig ist, gibt es doch einen deutlichen Unterschied in Bezug auf die Herangehensweise an den inländischen und ausländischen Markt. Die Niederlande haben traditionell gesehen einen größeren internationalen Fokus wegen des kleineren inländischen (Absatz-)Markts. Daraus habe ich abgeleitet, dass in den Niederlanden stärker Rücksicht darauf genommen wird, ein steuerlich attraktives Geschäftsklima zu haben und zu erhalten. In Deutschland besteht dieser Fokus viel weniger und spielen traditionell gesehen inländische Familienbetriebe und Personengesellschaften eine wichtige Rolle. In beiden Ländern ist in der Steuergesetzgebung die ökonomische Dimension des Steuerrechts berücksichtigt, was sich unter anderem in der Rechtsfigur des Schachtelprivilegs, der *fiscale eenheid* (*Organschaft*) und der Verschmelzungs- und Spaltungsbegünstigungen (Kapitel 2.3) zeigt.
- In beiden Ländern ist ein gleicher Trend im Hinblick auf die gesellschaftlichen Entwicklungen sichtbar, die einen Einfluss auf die Körperschaftsteuer haben können. In den letzten Jahren gibt es in beiden Ländern mehr Aufmerksamkeit für *corporate governance* und das Beitragen eines *fair share* an die Gesellschaften, zumindest um einen Imageschaden zu vermeiden (Kapitel 2.4).
- Was kulturelle Unterschiede anbelangt, werden die Niederlande im Vergleich zu Deutschland häufiger als flexibler und pragmatischer gesehen (Kapitel 2.5).
- In politischer Hinsicht sind sowohl die Niederlande als auch Deutschland im Allgemeinen stabil. Politische Parteien und Interessensgruppen haben in beiden Ländern einen wichtigen Einfluss beim Zustandekommen von Steuergesetzgebung (Kapitel 2.6).
- In den vergangenen Jahrzehnten ist der Einfluss von Unionsrecht und internationaler Steuerrechtsentwicklungen auf das nationale Recht in den Niederlanden und Deutschland größer geworden. Beide Länder müssen die in 2016 bzw. 2017 durch die Mitgliedsstaaten angenommenen Richtlinien zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken (ATAD1 und ATAD2) in Gesetzgebung umsetzen, auch wenn der Aufwand für Deutschland bedeutend geringer sein wird. Es scheint nämlich so, dass Deutschland diesem europäischen Regelwerk einen wesentlich größeren Stempel hat aufdrücken können, da viele Regelungen aus den Richtlinien in Deutschland bereits Anwendung finden. Auch müssen die Niederlande und Deutschland berücksichtigen, dass möglicherweise die G(K)KB implementiert werden wird. Die politische Handhabung der Niederlande von Unionsrecht und internationalen Steuerrechtsentwicklungen weicht meiner Ansicht nach einigermaßen von der deutschen Handhabung ab, und zwar dergestalt, dass die Niederlande etwas zurückhaltender reagieren, was Harmonisierung anbelangt. Auf der anderen Seite scheint Deutschland weniger zügig zu reagieren, wenn es um (für die deutsche Staatskasse nachteilige) Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs geht (Kapitel 2.7 und 2.8).
- Steuergesetze kommen in beiden Ländern demokratisch zustande, wobei die üblichen Qualitätserfordernisse an die Gesetzgebung gestellt werden. Anders als in den Niederlanden besteht in Deutschland sehr wohl die Möglichkeit einer richterlichen Prüfung anhand des Grundgesetzes und allgemeiner Rechtsprinzipien. In den Niederlanden kann aber eine Prüfung anhand von aus internationalen Verträgen ermittelten Prinzipien erfolgen. Meiner Ansicht nach geht aus der bisher ergangenen Rechtsprechung in den Niederlanden bezüglich der Prüfung anhand von Art. 14 EMRK und Art. 26 IPbPR hervor, dass der *Hoge Raad* diesbezüglich jedoch zurückhaltend ist (Kapitel 2.9).

- Sowohl die Niederlande als auch Deutschland sind im Allgemeinen mit einer kompetenten und verlässlichen Finanzverwaltung gesegnet. Was die Durchführung von Steuergesetzgebung anbelangt, stelle ich fest, dass der niederländische *Belastingdienst* (Steuerbehörde (in den Niederlanden) im Allgemeinen informeller, zugänglicher und pragmatischer ist als die deutsche *Finanzverwaltung*. Das zeigt sich unter anderem am *horizontaal toezicht*-Verfahren verglichen mit der *zeitnahen Betriebsprüfung* in Deutschland, dem Unterschied in Möglichkeiten von Vorgesprächen und dem sich unterscheidenden Umgang im Erteilen von Sicherheiten im Voraus (die *ruling*-Praxis). In den letzten Jahren steht die Durchführungs- und Handhabungspraxis des niederländischen *Belastingdienst* (unter anderem aufgrund von Personalmangel und großzügigen Abfindungsregelungen für das Personal) im Mittelpunkt von Kritik, was auch einen Einfluss auf die (oben) dargestellten Entwicklungen haben kann (Kapitel 2.10).
- Sowohl in den Niederlanden als auch in Deutschland haben andere Rechtsgebiete, wie das Zivilrecht, Einfluss auf das Steuerrecht (Kapitel 2.11).

Aus der Untersuchung in Kapitel 2 können meiner Ansicht nach die folgenden Schlussfolgerungen gezogen werden. Erstens geben meine Erkenntnisse (teilweise) eine Erklärung, warum die bestehenden Rechtsbestimmungen in der Körperschaftsteuer so sind, wie sie sind. Zweitens kann meiner Ansicht nach gefolgert werden, dass die Niederlande und Deutschland vielfach mit denselben Faktoren, die die Körperschaftsteuer beeinflussen können, zu schaffen haben. Meiner Ansicht nach sind die Unterschiede nicht solcher Art, dass im Voraus gefolgert werden kann, dass eine deutsche Rechtsbestimmung nicht in das bestehende niederländische Rechtssystem passen würde (vgl. das steuer-rechtliche Kriterium aus meinem Prüfungskatalog). Drittens ist meiner Ansicht nach aus dem Kapitel deutlich geworden, dass eine Anzahl Faktoren besonderer Aufmerksamkeit verdient. So ist deutlich geworden, dass das internationale Recht und das Unionsrecht einen bedeutsamen Einfluss auf die nationale Gesetzgebung in beiden Ländern (gehabt) haben. Dieser Aspekt ist bei meiner Untersuchung durch eine Prüfung der Rechtsbestimmungen an internationalem Recht/Unionsrecht (Bestandteil des steuer-rechtlichen Kriteriums) und daneben auch an dem Kriterium internationale/europäische Steuerrechtsentwicklungen (die Diskussion über *fair share*, das steuerliche Geschäftsklima und der möglichen Einführung einer G(K)KB) zu Tage getreten. Des Weiteren ist es meiner Ansicht nach auffällig, dass in Deutschland explizit eine Prüfung durch das *Bundesverfassungsgericht* anhand des Grundgesetzes und allgemeiner Rechtsprinzipien möglich ist. Dieser Punkt tritt auch eingehend im Zusammenhang mit dem steuer-gesetzestechischen Kriterium aus meinem Prüfungskatalog zu Tage. Daneben zeigte sich in dem Kapitel, dass es interessant ist zu untersuchen, wie eine Rechtsbestimmung in den Niederlanden und Deutschland - mit Blick auf den Sinn und Zweck - ausgestaltet ist und ausgeführt und gehandhabt wird. Auf der Durchführungsebene (*Belastingdienst* vs. *Finanzverwaltung*) habe ich nämlich die üblichen Unterschiede zwischen Deutschland und den Niederlanden konstatiert. In meiner Untersuchung findet sich dieser Punkt eingehend im Zusammenhang mit dem steuer-politischen Kriterium aus meinem Prüfungskatalog wieder.

12.3 Körperschaftsteuer allgemein

In Kapitel 3 habe ich untersucht, welche Körperschaftsteuer es in den Niederlanden und Deutschland gibt und welche Unterschiede und Gemeinsamkeiten es im Allgemeinen zwischen der (Entwicklung der) Körperschaftsteuer in beiden Ländern gibt. Die Körperschaftsteuer in den Niederlanden ist die sog. *vennootschapsbelasting* (kurz VPB); in Deutschland ist es die *Körperschaftsteuer*. Ein fundamentaler Unterschied zwischen den Niederlanden und Deutschland ist, dass Körperschaften in Deutschland es zudem mit der *Gewerbsteuer* zu tun haben. Aus diesem Kapitel ist zu entnehmen, dass die heutige nominale Steuerbelastung für Körperschaften in Deutschland höher ist als in den Niederlanden. Die heutige nominale Steuerbelastung für Körperschaften in den Niederlanden beträgt 25% (ohne den Einstiegstarif von 20% für die ersten € 200.000 des Gewinns zu berücksichtigen).¹⁵⁴⁶

¹⁵⁴⁶ Am 10. Oktober 2017 hat die neue Regierung den Koalitionsvertrag für die kommenden vier Jahre veröffentlicht, inklusive der entsprechenden Steuerpläne. Um das Geschäftsklima auch in Zukunft steuerlich attraktiv zu halten, wird der Steuersatz der *vennootschapsbelasting* weiter gesenkt. Der Steuersatz für die ersten € 200.000 des steuerlichen Gewinns wird schrittweise von 20% auf schließlich 16% (in 2021) gesenkt

In Deutschland beträgt die kombinierte Steuerbelastung für Körperschaften aus *Körperschaftsteuer*, *Gewerbsteuer* und *Solidaritätszuschlag* (durchschnittlich) 29,875%.¹⁵⁴⁷ Die Bedeutung der Körperschaftsteuer für das gesamte Steueraufkommen unterscheidet sich in beiden Ländern nicht viel.

In historischer Hinsicht haben die niederländische und deutsche Körperschaftsteuer viele Gemeinsamkeiten. Das ist nicht weiter verwunderlich, gehen doch die Ursprünge unserer Körperschaftsteuer auf die deutsche Besatzung zurück. Es dauerte bis 1969, bevor die Niederlande eine eigene nationale Körperschaftsteuer vorlegten, die scheinbar weiter auf dem durch Deutschland eingeführten Erlass VPB 1942 fußte. Daraus lässt sich meiner Ansicht nach entnehmen, dass das durch Deutschland eingeführte Steuer-Regelwerk zu einem großen Teil (mit Ausnahme der hohen Tarife) als zufriedenstellend befunden wurde. Das ist für meine Untersuchung an sich bereits ein wichtiger Befund, da ich daraus folgere, dass bestimmte Rechtsbestimmungen oder Rechtsfiguren in den Niederlanden und Deutschland auf denselben Rechtsgedanken oder Grundsätzen beruhen. Über die historische Auseinandersetzung tritt auch eine Anzahl Unterschiede zu Tage. So wurde in Deutschland, anders als in den Niederlanden, lange an unterschiedlichen Tarifen für ausgeschüttete und einbehaltene Gewinne festgehalten. Völlig fundamental anders war das System in Deutschland in den Jahren 1977-2001, als in Deutschland anders als in den Niederlanden ein Vollarrechnungsverfahren galt. Nach der Reform in 2001 sind beide Systeme meiner Ansicht grundsätzlich vergleichbar.

In beiden Ländern liegt ein starker Bezug zwischen der Körperschaftsteuer und der Einkommensteuer vor. Die Ausgestaltung der Einkommensteuer in den Niederlanden weicht jedoch fundamental von der deutschen *Einkommensteuer* ab, und zwar in dem Sinne, dass in den Niederlande ein analytisches System gilt und in Deutschland ein synthetisches System. Der heutige Höchststeuersatz liegt in den Niederlanden viel höher (52%) als in Deutschland (45%, der zudem auch erst ab einem Einkommen von ungefähr € 250.000 anfällt). Daneben gibt es in Deutschland, anders als in den Niederlanden, auch ein Ehegatten-Splitting. Die Niederlande haben dagegen für (Einzel)Unternehmer viele Begünstigungen für Unternehmen, wodurch jedenfalls für Unternehmer die effektive Steuerbelastung geringer wird.

In Kapitel 3 habe ich die folgenden Diskussions(schwer)punkte bezüglich der Körperschaftsteuer (Gewerbsteuer), der Historie und der Rechtsgrundlage dieser Steuer sowie das Verhältnis zur Einkommensteuer untersucht:

- Die Diskussion über die Rechtsgrundlage der Körperschaftsteuer;
- Die Diskussion über Einführung oder Nicht-Einführung einer (rechtsformneutralen) Ertragsteuer für Unternehmen;
- Die Diskussion über eine stärkere Rolle für kommunale Steuern. Eine meiner Ansicht nach interessante Frage in diesem Zusammenhang ist, ob die (Wieder)Einführung einer kommunalen Unternehmenssteuer wie die deutsche *Gewerbsteuer* empfehlenswert ist?

12.3.1 In beiden Ländern keine eindeutige Rechtsgrundlage

Die Niederlande kämpften und kämpfen, eine eindeutige (überzeugende) Rechtsgrundlage für die Körperschaftsteuer zu finden. Auch in Deutschland gibt es seit jeher eine Diskussion über das Bestehen der *Körperschaftsteuer*. Passend finde ich die Bemerkung von Desens, der sagt, dass die *Körperschaftsteuer* von ihrem Bestehen bis heute von einer Debatte über ihre Rechtmäßigkeit begleitet wird.¹⁵⁴⁸ Kurz zusammengefasst habe ich in Deutschland keine (anderen) Rechtsgrundlagen oder Sichtweisen im Hinblick auf die *Körperschaftsteuer* und *Gewerbsteuer*

und der Steuersatz für den darüber hinausgehenden steuerlichen Gewinn wird schrittweise von 25% auf 21% (in 2021) gesenkt.

¹⁵⁴⁷ In dem am 07. Februar 2018 veröffentlichten Koalitionsvertrag der neuen Regierung von CDU/CSU und SPD sind keine Pläne enthalten, den Steuersatz zu verändern. Koalitionsvertrag CDU, CSU und SPD, 07. Februar 2018, "Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land".

¹⁵⁴⁸ Desens in Hermann/Heuer/Raupach, Einf. KSt, Anm.30.

gefunden, die auch für die Körperschaftsteuer in den Niederlanden anwendbar sein könnten. Angesichts der gemeinsamen (steuerrechtlichen) Historie mit Deutschland was die Körperschaftsteuer anbelangt, ist es meiner Ansicht nach auch nicht verwunderlich, dass ich in den angeführten Rechtsgründen für die *vennootschapsbelasting* und die *Körperschaftsteuer* (und die *Gewerbsteuer*) keine wesentlichen Unterschiede habe ausfindig machen können. Dasselbe gilt für das Verhältnis zur Einkommensteuer, das in beiden Ländern stark ist. In beiden Ländern gilt heute ein „semi“-klassisches System, wobei auf Seiten der Einkommensteuer der Umstand berücksichtigt wird, dass bereits Steuern erhoben worden sind. Das Fehlen einer deutlichen Rechtsgrundlage für die *vennootschapsbelasting*, respektive *Körperschaftsteuer* und *Gewerbsteuer* sorgt meiner Ansicht nach dafür, dass in beiden Ländern das steuer-politische Kriterium aus meinem Prüfungskatalog nicht, oder in geringerem Maße, erfüllt wird. Unter diesem Kriterium wird (unter anderem) verstanden, dass die einer gesetzlichen Regelung zugrunde liegenden Zielsetzungen klar und vollständig formuliert sein müssen. Das scheint mir nicht der Fall zu sein, im Fall eine überzeugende Rechtsgrundlage für die Steuer komplett fehlt. Der Daseinsgrund der Körperschaftsteuer kann in beiden Ländern eigentlich deren tatsächlichen (komplementären) Funktion entnommen werden. Diese Entscheidung der Niederlande und Deutschlands für eine Körperschaftsteuer ist meiner Ansicht nach aus praktischer und pragmatischer Perspektive verständlich.

12.3.2 Die *Thesaurierungsbegünstigung*, etwas für die Niederlande?

Das Fehlen einer rechtsformneutralen Ertragsteuer für Unternehmen in den Niederlanden könnte meiner Ansicht nach als Nicht-Erfüllung des steuer-rechtlichen Kriteriums aus meinem Prüfungskatalog betrachtet werden. Immerhin werden das Gleichheitsprinzip und das Neutralitätsprinzip in geringerem Maße erfüllt.

Während in den Niederlanden die Aufforderung aus der Wissenschaft zur Einführung einer rechtsformneutralen Ertragsteuer für Unternehmen (oder Gewinnkategorie (*winstbox*)) bis heute zu nichts geführt hat, hat der deutsche Gesetzgeber bei der Unternehmensteuerreform in 2008 eine entsprechende Steuer einführen wollen. Deutsche Personengesellschaften haben die Möglichkeit (Option), nicht entnommenen Gewinn genau wie Kapitalgesellschaften besteuern zu lassen (§ 34a EStG). Der Gewinn der im Unternehmen verbleibt, wird also - ungeachtet der Rechtsform - gleich besteuert (was meiner Ansicht nach auf eine statische Rechtsformneutralität deutet). Bei Entnahme des Gewinns sorgt die Regelung im Grunde (in den Standardberechnungen) für eine gleiche totale Steuerbelastung zwischen einem Unternehmer, der das Unternehmen als Personengesellschaft führt und dem Gesellschafter-Geschäftsführer, der das Unternehmen mittels einer Kapitalgesellschaft führt.

Mit der Einführung der *Thesaurierungsbegünstigung* hat der deutsche Steuergesetzgeber die *Absicht* gezeigt, eine rechtsformneutrale Ertragsteuer für Unternehmen einzuführen.¹⁵⁴⁹ Aus dieser Perspektive folgere ich, dass Deutschland an dieser Stelle das steuer-rechtliche Kriterium aus meinem Prüfungskatalog wohl besser erfüllt. Die *Thesaurierungsbegünstigung* erfüllt meiner Ansicht nach aber das steuer-politische Kriterium nicht gut. Die Auswirkung (gesetzliche Ausgestaltung der Rechtsbestimmung) ist mit dem Sinn und Zweck nicht vereinbar und die deutsche Regelung ist alles andere als einfach. Ich erkläre das im weiteren Verlauf.

Anwendung der *Thesaurierungsbegünstigung* ist optional, was dafür sorgt, dass - entgegen der ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers - von echter Rechtsformneutralität keine Rede ist. Des Weiteren sorgt die Auswirkung der Regelung (bei Entnahme des Gewinns) letztlich dafür, dass vom

¹⁵⁴⁹ Warum der deutsche Gesetzgeber einer rechtsformneutralen Ertragsteuer für Unternehmen wohlwollender gegenüber steht und der niederländische Gesetzgeber nicht, könnte (teilweise) durch den in Kapitel 2.3.2 beschriebenen Umstand erklärt werden, dass in Deutschland relativ gesehen viel mehr Unternehmen in der Rechtsform steuerlich transparenter Personengesellschaften betrieben werden als in den Niederlanden. Obwohl ich das wissenschaftlich nicht untermauern kann, könnte es sein, dass der deutsche Gesetzgeber auch durch (politischen) Druck von Interessensgruppen zu dieser Initiative gekommen ist. Es könnte auch darauf zurückzuführen sein, dass es in Deutschland in jedem Fall in der Wissenschaft mehr Aufmerksamkeit für Grundprinzipien und Grundsätze gibt.

bloßen Streben nach einer gleichen globalen Steuerbelastung zwischen dem Unternehmer (als natürliche Person) und dem Gesellschafter-Geschäftsführer mit seiner Kapitalgesellschaft, wie es auch in den Niederlanden der Fall ist. Dadurch wird das steuer-politische Kriterium aus meinem Prüfungskatalog nicht, oder in geringerem Maße erfüllt. Die *Thesaurierungsbegünstigung* kann insbesondere für Unternehmer (als natürliche Personen) mit relativ hohen Unternehmensgewinnen und für selbstständige Berufstätige interessant sein. Einführung einer *Thesaurierungsbegünstigung* in den Niederlanden könnte für die erste Gruppe interessant sein (Unternehmer (als natürliche Personen)). Durch Einführung einer Regelung in den Niederlanden, wodurch die betreffenden Unternehmer optieren könnten, nicht entnommene Gewinne mit dem Körperschaftsteuersatz zu besteuern, würde der steuerliche Anreiz weggenommen werden, das Unternehmen in eine Kapitalgesellschaft umzuwandeln. Die Entnahme des Gewinns zu einem späteren Zeitpunkt wäre dann zu demselben Tarif wie die Dividendenausschüttung an den Gesellschafter-Geschäftsführer zu versteuern. In den Niederlanden gibt es keine separate steuerrechtliche Behandlung von freien Berufstätigen, sodass dieser Grund für die Einführung der *Thesaurierungsbegünstigung* in den Niederlanden nicht einschlägig ist.

Die *Thesaurierungsbegünstigung* begleiten die in der Praxis üblichen Probleme. Die Regelung wird als äußerst komplex erfahren, wodurch in vielen Fällen sogar von einer Nutzung der Regelung abgesehen wird. Dadurch erfüllt die deutsche Regelung nicht, oder in geringerem Maße, die Qualitätserfordernisse in Sachen Durchführbarkeit und Handhabbarkeit (Bestandteil des steuer-politischen Kriteriums) sowie Einfachheit/Deutlichkeit/Zugänglichkeit (Bestandteil des steuer-gesetzestechischen Kriteriums).

Ich komme damit zu der Schlussfolgerung, dass die Einführung der deutschen *Thesaurierungsbegünstigung* als solche in den Niederlanden nicht empfehlenswert ist. Die *Absicht* des deutschen Gesetzgebers, eine rechtsformneutrale Ertragsteuer für Unternehmen einzuführen, finde ich empfehlenswert für den niederländischen Gesetzgeber. Das wird dem steuer-rechtlichen Kriterium aus meinem Prüfungskatalog besser gerecht. Falls in den Niederlanden jemals die Einführung einer rechtsformneutralen Unternehmensertragssteuer beschlossen wird, wäre es gut, von den deutschen Erfahrungen mit der *Thesaurierungsbegünstigung* Kenntnis zu nehmen. In den Niederlanden sind schon verschiedene Untersuchungen auf diesem Gebiet durchgeführt worden. Aus der vorliegenden Untersuchung geht meiner Ansicht nach hervor, dass eine rechtsformneutrale Ertragsteuer für Unternehmen - sowohl aus juristischer als auch ökonomischer Perspektive - zu empfehlen ist. Bis heute hat der niederländische Gesetzgeber an dieser Stelle nichts getan. Ist eine rechtsformneutrale Ertragsteuer für Unternehmen (kurzfristig) nicht zu erreichen, dann sollte meiner Ansicht nach zumindest eine dynamische Rechtsformneutralität angestrebt werden.

12.3.3 Die Gewerbesteuer, etwas für die Niederlande?

In Kapitel 3 bin ich auch auf das Bestreben des niederländischen Gesetzgebers eingegangen, die niederländische kommunale Steuerpolitik zu reformieren. Obwohl es in den Niederlanden nicht konkret als Plan ins Auge gefasst worden ist, ist es meiner Ansicht nach interessant zu untersuchen, ob eine kommunale Unternehmenssteuer wie die deutsche *Gewerbesteuer* für die Niederlande empfehlenswert sein könnte. Ich habe darum erforscht, was die Erwägungen waren, die *Gewerbesteuer* - die es in den Niederlanden zwischen 1942-1950 gab - abzuschaffen. Anschließend habe ich in Kapitel 3.3.1.2 die deutschen Erfahrungen mit der *Gewerbesteuer* dargelegt.

Die relativ geringe Bedeutung von Kommunen heutzutage auf steuerlichem Gebiet kann meiner Ansicht nach als Verstoß gegen das Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitserfordernis aus der *Nota Zicht op de wetgeving* (als Bestandteil des steuer-politischen Kriteriums aus meinem Prüfungskatalog) gesehen werden. Dieses Erfordernis beinhaltet unter anderem, dass, wo es möglich ist, Verantwortlichkeiten dezentralen Behörden und gesellschaftlichen Organisationen belassen oder zugewiesen werden müssen. Dieses Qualitätserfordernis kann meiner Ansicht jedoch auch bedeuten, dass die Verantwortlichkeit tatsächlich auf der richtigen Ebene liegt oder auf supranationale Ebene (Unionsebene) gelegt werden sollte. Die übrigen Kriterien sind meiner Ansicht nach in diesem Fall nicht einschlägig.

Die Erfahrungen mit der deutschen *Gewerbsteuer* in Betracht ziehend und die Argumente für die Abschaffung einer Unternehmenssteuer in den Niederlanden in 1950 berücksichtigend, ist meine Schlussfolgerung, dass es nicht empfehlenswert ist, dass die Niederlande eine *Gewerbsteuer* oder eine ähnliche Unternehmenssteuer auf kommunaler Ebene einführen.¹⁵⁵⁰ Ich stimme mit Stevens überein, der aufzeigt, dass sich die größere Autonomie von Kommunen staatsrechtlich insbesondere aus dem Subsidiaritätsprinzip speist, das eine starke Tradition hat. „Regle zentral, was zentral geregelt werden muss, und dezentral, was dezentral geregelt werden kann.“¹⁵⁵¹ Mir scheint, dass in Anbetracht des Subsidiaritätsprinzips die Besteuerung von Unternehmen nicht auf die Ebene von Kommunen gehört und in Anbetracht der internationalen und europäischen Steuerrechtsentwicklungen womöglich sogar nicht mehr auf nationale Ebene. Seit Jahrzehnten wird von *einem* europäischen Markt gesprochen und davon, dass Harmonisierung von Steuern auf europäischer oder internationaler Ebene wünschenswert ist. Bis heute ist es dazu kaum gekommen, da die Staaten an ihrer Steuersouveränität festhalten. Bei der Einführung einer *Gewerbsteuer* in den Niederlanden würde ein Spielfeld geschaffen werden, auf dem die Kommunen auf steuerlichem Gebiet um die Gunst des Unternehmers wetteifern würden.¹⁵⁵² Das erscheint mir - angesichts der heutigen gesellschaftlichen Diskussionen über Steuervermeidung und *fair share* - als keine wünschenswerte Entwicklung. Zusammenfassend: Die Einführung einer *Gewerbsteuer* würde meiner Ansicht nach nicht dem Kriterium internationale/europäische Steuerrechtsentwicklungen entsprechen.

Es sind meiner Ansicht nach kaum gute Gründe zu finden, die die Einführung einer *Gewerbsteuer* auf kommunaler Ebene rechtfertigen. Das Bestehen einer *Gewerbsteuer* scheint den budgetären Erträgen und der Möglichkeit für Kommunen (Lokalpolitiker), steuerlichen Instrumentalismus zu betreiben, geschuldet zu sein. Die heutige Körperschaftsteuer in eine Subjekt- und eine Objektsteuer zu unterteilen würde meiner Ansicht nach zu einer großen Ausweitung der administrativen Lasten für sowohl die Behörde als auch den Steuerpflichtigen führen. Dies würde dem Streben des niederländischen Gesetzgebers entgegenstehen, das Steuersystem zu vereinfachen.¹⁵⁵³ und dies würde meiner Ansicht nach ferner bedeuten, dass das steuer-gesetzestechische Kriterium aus meinem Prüfungskatalog in geringerem Maße erfüllt wird. Daneben gibt es meiner Ansicht nach keine nachweislichen Vorteile einer Unterteilung der Körperschaftsteuer in eine Subjektsteuer auf Landesebene und einer Objektsteuer auf kommunaler Ebene. Mehr noch, sollten die Niederlande eine *Gewerbsteuer* nach deutschem Vorbild einführen, würde es der Steuerpflichtige fortan mit zwei Ertragsteuersystemen zu tun bekommen. Meiner Ansicht nach würde dies dazu führen, dass auch in geringerem Maße das steuer-rechtliche Kriterium aus meinem Prüfungskatalog erfüllt werden würde (Kohärenzerfordernis).

Der einzige Aspekt, der mich doch anspricht ist, dass die *Gewerbsteuer* dem Ursprung nach rechtsformneutral ist. Ungeachtet der Rechtsform ist es das *Unternehmen*, das als Ausgangspunkt dient. Die *Gewerbsteuer* erfüllt damit im Grunde in starkem Maße das steuer-rechtliche Kriterium aus meinem Prüfungskatalog, wenn auch beispielsweise die Ausnahme für selbstständige Berufstätige (von Erhebung von der *Gewerbsteuer*) wiederum als Verstoß gegen das Gleichheitsprinzip (und somit das steuer-rechtliche Kriterium) gesehen werden kann.

12.4 Subjektive Steuerpflicht

In diesem Kapitel habe ich untersucht, wer für die *vennootschapsbelasting* respektive die *Körperschaftsteuer* subjektiv steuerpflichtig ist und welche Unterschiede und Gemeinsamkeiten es zwischen der unbeschränkten und der beschränkten Steuerpflicht in beiden Ländern gibt. Aus einer

¹⁵⁵⁰ In gleichem Sinne A.J.A. Stevens, De Duitse Gewerbesteuer - anomalie in het veelkleurige land van de gemeentelijke belastingen? In: Lofzang op lokale heffingen (Monsma-bundel), SDU Uitgevers (2009), S. 215.

¹⁵⁵¹ L.G.M. Stevens, Wenselijkheid en haalbaarheid van groter gemeentelijk belastinggebied, WFR 2015/648.

¹⁵⁵² Vgl. den kommunalen Wettbewerb in Deutschland, wobei in einer Anzahl deutscher Kommunen, darunter Norderfriedrichsoog, ein Prozentsatz von Null galt. Seit 2003 ist ein Minimum-Hebesatz von 200% Pflicht.

¹⁵⁵³ Siehe beispielsweise die Meldung des Finanzministeriums vom 18. Januar 2016.

<https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2016/01/18/voorstellen-voor-vereenvoudiging-van-belastingwetgeving>.

Analyse der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur geht hervor, dass es in den Niederlanden ganz allgemein die folgenden Diskussionsschwerpunkte gibt:

- Die Anknüpfungspunkte für die subjektive Steuerpflicht von unbeschränkt inländischen Steuerpflichtigen;
- Der Unterschied zwischen beschränkt und unbeschränkt Steuerpflichtigen.

12.4.1 Anknüpfungspunkte subjektive Steuerpflicht

Beide Länder haben dieselbe steuerliche Systematik in Bezug auf die Unterscheidung zwischen unbeschränkt und beschränkt Steuerpflichtigen. Die Unterscheidung geht auf allgemein akzeptierte Prinzipien des internationalen Steuerrechts zurück, nämlich das Wohnsitz- oder Ansässigkeitsprinzip (für unbeschränkt steuerpflichtige) und das Quellenprinzip (für beschränkt Steuerpflichtige). In beiden Ländern liegt eine Steuerpflicht vor, sofern eine Körperschaft dort tatsächlich ansässig ist. Daneben entsteht in Deutschland *Körperschaftsteuerpflicht*, falls sich der statutarische Sitz in Deutschland befindet. Eine Gründungsfiktion wie in den Niederlanden gibt es in Deutschland nicht. Obwohl die Gründungsfiktion zum Ziel hatte, dafür zu sorgen, dass im Falle eines Krieges oder etwas dergleichen die nach niederländischem Recht gegründeten Körperschaften ihre tatsächliche Geschäftsleitung in die Überseegebiete des Königreichs verlagern könnten, ohne eine einmalige Wegzugsbesteuerung auszulösen, hat die Fiktion im Laufe der Jahre eine immer größere Rolle bezüglich der Attraktivität unseres steuerlichen Geschäftsklimas eingenommen. Durch die Fiktion ist es für sogenannte Briefkastengesellschaften relativ einfach, in den Niederlanden ansässig zu sein und steuerlich als unbeschränkt Steuerpflichtiger zu gelten. Letzteres bietet Zugang zum umfassenden niederländischen Vertragsnetzwerk.¹⁵⁵⁴

Deutschland strebt danach, diejenigen Einkünfte in die *Körperschaftsteuer* mit einzubeziehen, die außerhalb des Bereichs der Einkommensteuer bleiben würden. In Deutschland ist dies gesetzlich festgelegt in § 3 KStG. Diese Bestimmung fungiert in Deutschland als ein Auffangtatbestand. Ich stimme mit Goossen überein, dass ausgehend vom Zweck und angesichts des historischen Bandes zwischen unserem Wet VPB 1969¹⁵⁵⁵ und dem deutschen KStG es auf der Hand gelegen hatte, eine Gesetzesbestimmung analog § 3 Abs. 1 KStG aufzunehmen.¹⁵⁵⁶ Dieser Paragraph könnte als Sicherheitsnetz fungieren und dafür sorgen, dass die Rechtsformen, deren Einkünfte nicht mittels der Einkommensteuer oder auf anderem Wege besteuert werden, subjektiv körperschaftsteuerpflichtig sind. In den Niederlanden ist ein Ausgleich in Art. 2 Abs. 1 Buchst. e Wet VPB 1969 aufgenommen. In den Gesetzmaterialien ist angegeben, dass die breite Formulierung auf das Bestreben zurückzuführen ist, alle mittels Körperschaften *geführte Unternehmen* in die Steuer mit einzubeziehen, ungeachtet in welche Rechtsform die Körperschaft gekleidet ist. Das ist den Verantwortlichen zufolge ein Erfordernis der steuerlichen Neutralität und dient auch dazu, (Steuer)Vermeidungsversuche zu vereiteln.¹⁵⁵⁷

Eine derartige Gesetzesbestimmung sowohl in der *vennootschapsbelasting* als auch der *Körperschaftsteuer* entspricht meiner Ansicht nach gut der ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers bezüglich der subjektiven Körperschaftsteuerpflicht und gibt die Absicht des Gesetzgebers auch explizit wieder.

Beide Länder haben sich dazu entschlossen, das (oben) genannte Bestreben durch das Aufstellen einer gesetzlichen Aufzählung von Rechtsformen zu erreichen, die subjektiv steuerpflichtig für die *vennootschapsbelasting* respektive *Körperschaftsteuer* sind. Wie die Niederlande hat Deutschland also auch keine eindeutige steuerrechtliche Definition (Sammelbegriff) des Begriffs „Körperschaft“

¹⁵⁵⁴ Im Lichte des Kriteriums internationale/europäische Steuerrechtsentwicklungen aus meinem Prüfungskatalog ist dieser Punkt interessant. Ich bin der Meinung, dass der niederländische Gesetzgeber gut daran tun würde, die Gründungsfiktion aus dem Gesetz zu entfernen, um so Steuerflucht zu verhindern. Die Auswirkung der Fiktion entspricht nicht mehr dem ursprünglichen Ziel. Meiner Ansicht nach ist damit das steuer-politische Kriterium aus meinem Prüfungskatalog (nicht) mehr erfüllt.

¹⁵⁵⁵ Ndl. Körperschaftsteuergesetz.

¹⁵⁵⁶ H.P.J. Goossen, Belastingplicht in de vennootschapsbelasting, Fed Fiscale Brochures, 1991, S. 9.

¹⁵⁵⁷ Kamerstukken II 1962-1963, 6000, nr. 9, S.8.

oder des Begriffs „Rechtsform, die unter die Körperschaftsteuer fällt“. Der Anknüpfungspunkt der Aufzählung unterscheidet sich in beiden Ländern.

In den Niederlanden gilt als Anknüpfungspunkt für die Körperschaftsteuerpflicht die Rechtsfähigkeit (nach Zivilrecht) und in Bezug auf die übrigen Rechtseinheiten die freie Übertragbarkeit von Beteiligungen. In Deutschland geht aus der Aufzählung im KStG hervor, dass alle in Deutschland durch das Zivilrecht anerkannte juristische Personen unbeschränkt inländisch steuerpflichtig sind. Außerdem geht aus der Aufzählung hervor, dass Rechtsfähigkeit nicht der einzige Anknüpfungspunkt für die Steuerpflicht ist.

Ein wichtiger Unterschied ist, dass in Deutschland die freie Übertragbarkeit von Beteiligungen kein relevantes Kriterium ist, um die Steuerpflicht festzustellen. Eine Rechtsform, die, je nach dem, was im Gesellschaftsvertrag vereinbart ist, einmal als juristische Person und ein anderes Mal als Personengesellschaft (wie die niederländische CV¹⁵⁵⁸, oder Investmentfonds (*fonds voor gemene rekening*) gilt, gibt es in Deutschland folglich nicht. In Deutschland werden Personengesellschaften in der Aufzählung nicht genannt; sie sind steuerlich immer transparent und nicht subjektiv steuerpflichtig für die *Körperschaftsteuer*. Die Kritik in den Niederlanden an der unübersichtlichen und undeutlichen Auslegung des Kriteriums der freien Übertragbarkeit von Beteiligungen - die sich auch auf die Klassifizierung ausländischer Rechtsformen erstreckt - gibt es in Deutschland also nicht.

Angesichts des ursprünglichen Bestrebens des niederländischen Gesetzgebers, den Unternehmensgewinn, der außerhalb des Bereichs der Einkommensteuer bleiben würde, in die Körperschaftsteuer mit einzubeziehen, ist es meiner Ansicht nach aus steuerrechtlicher Perspektive möglich und empfehlenswert, das Kriterium der Übertragbarkeit von Beteiligungen für die Körperschaftsteuerpflicht fallen zu lassen. Dies würde dazu führen, dass innerhalb des heutigen gesetzlichen Systems alle CVs als steuerlich transparent betrachtet werden.¹⁵⁵⁹ Damit könnten in der Praxis auch lästige Klassifizierungsunterschiede von Rechtsformen zwischen Ländern möglicherweise aufgelöst werden, da die Niederlande das einzige Land der Welt ist, das dieses Kriterium hat, um steuerliche Transparenz herzustellen und damit im internationalen Vergleich also aus der Reihe fällt.¹⁵⁶⁰ Die Aufhebung der steuerlichen Unterscheidung zwischen transparenten und intransparenten Personengesellschaften sollte meiner Ansicht nach also dazu führen, dass das steuerrechtliche Kriterium, das steuer-gesetzesthechnische Kriterium und das Kriterium internationale/europäische Steuerrechtsentwicklungen besser erfüllt werden.

In Bezug auf die Klassifizierung von ausländischen Rechtsformen folgen beide Ländern im Grunde derselben Herangehensweise. Anhand der zivilrechtlichen Gesetze und Rechtsprechung des betreffenden Landes, den Statuten oder dem Vertrag der betreffenden Rechtsform und der Gesetze und Rechtsprechung der Niederlande respektive Deutschlands wird beurteilt, ob eine ausländische Rechtsform einer Kapitalgesellschaft oder einer Personengesellschaft entspricht. Beide Länder

¹⁵⁵⁸ Commanditaire vennootschap (CV) = Kommanditgesellschaft.

¹⁵⁵⁹ In gleichem Sinne A.J.A. Stevens, *De tien geboden tot afschaffing van de open CV*, NTFR 2006/1727.

¹⁵⁶⁰ Dass das Kriterium zu lästigen Klassifizierungsunterschieden führen kann, beweist meiner Ansicht nach allein schon das Doppelbesteuerungsabkommen zwischen den Niederlanden und Deutschland, das zum 01. Januar 2016 in Kraft getreten ist. Artikel 1 Abs. 2 des Protokolls beinhaltet eine Regelung für Klassifizierungsunterschiede (hybride Einheiten). Der Inhalt dieser Bestimmung läuft daraus hinaus, dass die Klassifizierung als steuerlich transparent oder intransparent durch den Wohnsitzstaat vorgenommen wird. Ich meine es ist durchaus erwähnenswert, dass ich im Laufe des parlamentarischen Verfahrens eine Anzahl von Sachverhalten angeführt habe, um mehr Klarheit in Bezug auf die steuerlichen Folgen bei Klassifizierungsunterschieden zu erlangen. Diese Sachverhalte sind in Gesetzesmaterialien näher ausgeführt. Siehe Kamerstukken II 2013-2014, nr. 33 615, nr. 5, S. 42-48. Für eine nähere Analyse siehe auch A.J.A. Stevens, *Enige internationaalrechtelijke fiscale aspecten van personenvennootschappen*, TFO 2015/140.2, Paragraph 4. Für eine deutsche Auseinandersetzung mit der Problematik siehe C.Spengel/M.Schaden, *Grenzüberschreitende Besteuerung von Personengesellschaften im OECD-MA - Problembereiche und Lösungsansätze*, StuW 2/2012, S. 105-118.

haben in einem Anwendungserlass Kriterien festgelegt, um den steuerrechtlichen Status von Grenzfällen zu bestimmen. Beide Länder haben auch Klassifizierungslisten veröffentlicht, in denen bestimmte Rechtsformen explizit genannt werden. Die Kriterien, die in den Niederlanden gelten weichen jedoch von den Kriterien ab, die in Deutschland gelten. Während in den Niederlanden das Kriterium, in welchem Maße die Übertragbarkeit von Beteiligungen geregelt ist, auch in Bezug auf die Klassifizierung von ausländischen Körperschaften eine wichtige Rolle spielt, ist das in Deutschland nicht der Fall. Die Klassifizierung von ausländischen Körperschaften anhand des Anwendungserlasses geht (auch in Deutschland) mit Fragen und Unsicherheiten einher. So ist beispielsweise nicht klar, wie die Kriterien abzuwägen sind und ob möglicherweise noch andere Kriterien anwendbar sind. Die nähere Ausgestaltung der heutigen deutschen Klassifizierung von ausländischen Rechtsformen kann daher meiner Ansicht nach nicht als empfehlenswert für die Niederlande betrachtet werden, da das steuer-gesetzestechische Kriterium aus meinem Prüfungskatalog nicht oder in geringerem Maße erfüllt wird. Daneben führen die undeutlichen Kriterien im deutschen Anwendungserlass zu Rechtsunsicherheit bei den Steuerpflichtigen (was zu einer geringeren Erfüllung des steuer-rechtlichen Kriteriums aus meinem Prüfungskatalog führt).

Der GKB-Entwurf bietet meiner Ansicht nach keine Inspiration für die Anknüpfungspunkte für die subjektive Steuerpflicht. Der Entwurf enthält keine eigene Definition von Körperschaften die unter die GKB fallen sollten. Sofern ein bestimmtes Merkmal (Rechtsformmerkmal, Steuerpflichtmerkmal, Umfangsmerkmal und Gruppenmerkmal) vorliegt, liegt eine GKB-Pflicht vor (Art. 2 GKB-Entwurf). Das Rechtsformmerkmal knüpft an die bestehenden Rechtsformen an, die in den betreffenden Mitgliedsstaaten der Union der Körperschaftsteuer unterliegen. Anhand einer Liste wird angegeben, welche Rechtsformen möglicherweise steuerpflichtig für die GKB sind. Falls die Gesellschaft nach dem Recht eines Drittstaats gegründet worden ist, wird die Gesellschaft mit einer aufgezählten Rechtsform verglichen. Wie der Vergleich durchzuführen ist, wird nicht näher konkretisiert.¹⁵⁶¹

Kurz zusammenfassend wäre es meiner Ansicht nach empfehlenswert, dass sich die Niederlande, was den Anknüpfungspunkt für unbeschränkte Steuerpflicht anbelangt, dem deutsche Ansatz anschließen.

Das soll also heißen, dass das Kriterium „Übertragbarkeit von Beteiligungen“ für die Feststellung der subjektiven Steuerpflicht wegfällt. Für die Feststellung des steuerlichen Status' von ausländischen Rechtsformen wäre es von Vorteil, dass beide Länder einen eindeutigen, von den internationalen/europäischen Steuerrechtsentwicklungen auf diesem Gebiet inspirierten Prüfungskatalog vorlegen.

12.4.2 Der Unterschied zwischen unbegrenzter und begrenzter Steuerpflicht

Ein anderer wichtiger Unterschied in Bezug auf die subjektive Steuerpflicht in beiden Ländern ist die niederländische Unterscheidung zwischen unbegrenzter und begrenzter Steuerpflicht anhand der Frage, ob ein Geschäft betrieben wird. In Deutschland ist die Frage, ob ein Geschäft betrieben wird im Grunde nicht relevant für die Feststellung der (unbegrenzten oder begrenzten) Steuerpflicht.¹⁵⁶² In den Niederlanden sind Vereine und Stiftungen (und auch andere öffentlich-rechtliche juristische Personen¹⁵⁶³) seit jeher nicht unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig. Zusammengefasst werden als wichtigste Gründe hierfür der Rechtscharakter, die Zielsetzung und die Funktion dieser Rechtsformen angeführt, wobei nur Besteuerung insofern, als ein Geschäft betrieben würde, passen würde.¹⁵⁶⁴

¹⁵⁶¹ Siehe diesbezüglich J.L. van de Streek, De geherlanceerde CCTB/CCCTB-voorstellen; nu wél een schot in de roos?, WFR 2017/63, Paragraph 3.1.

¹⁵⁶² Nur bei bestimmten in § 5 EStG genannten Freistellungen findet sich dieses Kriterium und wird die Freistellung ausgeschlossen, sofern ein „wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb“ vorliegt.

¹⁵⁶³ Ich begrenze mich im weiteren Verlauf des Paragraphen auf die Stiftung und den Verein.

¹⁵⁶⁴ Siehe C.P.M. van Houte, De stichting in het Nederlandse belastingrecht, FM nr. 69, 2e druk, Kluwer, 2009 en Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, Rapport van de commissie ter bestudering van fiscale aspecten van stichtingen, nr. 180, Kluwer, 1989.

In Grundzügen stimmen meiner Ansicht nach die Erwägungen des niederländischen Gesetzgebers bezüglich der Steuerpflicht von Stiftungen und Vereinen schon mit der deutschen Erwägung überein. Das Ziel in beiden Ländern ist, Stiftungen und Vereine von „Gemeinnützigkeit“ nicht in die Besteuerung mit einzubeziehen. Aus der Gesetzeshistorie des Wet VPB 1969 geht hervor, dass - in Bezug auf die subjektive Steuerpflicht von Stiftungen - der Steuergesetzgeber davon ausgegangen ist, dass die Stiftung in der Regel eine gemeinnützige Zielsetzung hat und nach ihrem gesetzlichen „Standardtyp“ kein Geschäft betreibt. Der niederländische Gesetzgeber füllt also den Begriff „Gemeinnützigkeit“ durch die Anknüpfung an den Begriff „kein Geschäft betreiben“ aus. Für eine Stiftung, die doch ein Geschäft betrieb und gemeinnützig war, gab es bis 01. Januar 2012 eine Freistellung in Art. 6 Wet VPB 1969.

Eine berechtigte Frage, die meiner Ansicht nach gestellt werden kann, ist, warum in den Niederlanden als Grundregel gilt, dass eine Stiftung oder ein Verein lediglich beim Betrieb eines Geschäfts körperschaftpflichtig ist. Warum werden eine NV¹⁵⁶⁵ und eine Stiftung, die lediglich eine vermögensverwaltende Tätigkeit ausüben, steuerlich unterschiedlich behandelt? Falls es die ursprüngliche Absicht des niederländischen Gesetzgebers gewesen ist, den Gewinn von denjenigen Unternehmen in die Körperschaftsteuer mit einzubeziehen, die (ansonsten) außerhalb des Bereichs der Einkommensteuer bleiben würden, ist es meiner Ansicht nach nicht konsistent und nicht prinzipientreu, dass aus praktischen Gründen für die BV¹⁵⁶⁶ und NV (und übrige in Art. 2 Abs. 5 Wet VPB 1969 genannte Rechtsformen) gilt, dass diese Rechtsformen mit ihrem Gesamtvermögen ein Geschäft betreiben (und das nicht für Stiftungen und Vereine gilt). Meiner Ansicht nach wird dadurch vor allem das steuer-rechtliche Kriterium aus meinem Prüfungskatalog nicht oder in geringerem Maße erfüllt, da augenscheinlich gleiche Fälle ungleich behandelt werden.

Meiner Ansicht nach wäre es aus der (oben) genannten ursprünglichen Erwägung bezüglich der Steuerpflicht von Vereinen und Stiftungen besser, an die deutsche Systematik anzuschließen. In Deutschland kann die Steuerpflicht für einen Verein oder eine Stiftung meiner Ansicht nach ganz allgemein wie folgt wiedergegeben werden.

- Als Grundregel gilt in Deutschland eine unbeschränkte Steuerpflicht für Vereine und Stiftungen (auch wenn diese lediglich vermögensverwaltend tätig sind).
- Als Ausnahme gilt die Freistellung eines Vereins oder einer Stiftung von der Steuerpflicht, sofern er/sie ausschließlich eine *non-profit* (gemeinnützige), mildtätige oder kirchliche Funktion hat.¹⁵⁶⁷
- Die Freistellung gilt nicht, sofern ein „wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb“ (eine Unternehmensaktivität) ausgeübt wird.

In Deutschland wird systematisch an dem Umstand festgehalten, dass die in § 1 KStG genannten Rechtsformen unbeschränkt steuerpflichtig sind. Daneben gilt in Deutschland - anders als der Unternehmensbegriff in den Niederlanden - das Kriterium „Gemeinnützigkeit, Mildtätigkeit, oder kirchlich“. Ganz allgemein kann meiner Ansicht nach behauptet werden, dass in den Niederlande lediglich die dritte Kategorie gilt. Für Vereine und Stiftungen liegt eine Steuerpflicht vor, sofern ein Geschäft betrieben wird.¹⁵⁶⁸ Ein Vorteil des deutschen Ansatzes ist, dass die Feststellung der Steuerpflicht als solche weniger Diskussion und Probleme mit sich bringt. Daneben werden die Rechtsformen Stiftung und Verein - soweit ich es erkennen kann - weniger schnell aus steuerlichen Erwägungen verwendet. Eine im Grunde unbegrenzte Steuerpflicht für Stiftungen und Vereine sorgt

¹⁵⁶⁵ Naamloze vennootschap (NV) = Aktiengesellschaft.

¹⁵⁶⁶ Besloten vennootschap (BV) = Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

¹⁵⁶⁷ Was darunter verstanden wird, ist umfassend in §§ 51-68 AO beschrieben.

¹⁵⁶⁸ Die Bestimmung, dass eine Körperschaft von der *vennootschapsbelasting* freigestellt ist, bei der die Wahrnehmung eines allgemeinen gesellschaftlichen Interesses im Vordergrund steht und die Gewinnerzielungsabsicht entweder ganz fehlt oder von nebensächlicher Bedeutung ist (Art. 6 Wet VPB a.F.), ist - aus pragmatischen Gründen - durch eine allgemeine Freistellung für Stiftungen und Vereine mit einem relativ geringen Resultat ersetzt worden (siehe auch Kapitel 4.2.2).

dafür, dass kein steuerfreies Vakuum entsteht.¹⁵⁶⁹ Ich merke an dieser Stelle an, dass dem un versteuerten Ansammeln von Privatvermögen in einem sogenannten *afgezonderd particulier vermogen* (APV)¹⁵⁷⁰ durch Änderungen in der *inkomstenbelasting* rund um das APV-System zum Teil bereits begegnet (worden) ist.¹⁵⁷¹ Das ändert meiner Ansicht nichts daran, dass von einer konzeptionellen und systematischen Lösung keine Rede ist. Meiner Meinung nach ist es passender die Steuer auf Seiten der Stiftung zu erheben.¹⁵⁷²

Aus Sicht des steuer-politischen Kriteriums scheint mir, dass die deutsche Ausgestaltung der subjektiven Steuerpflicht besser der Idee hinter der subjektiven Steuerpflicht entspricht und somit empfehlenswert ist, um auch in der *vennootschapsbelasting* eingeführt zu werden. Der deutsche Ansatz scheint mir auch qua Struktur besser in die *vennootschapsbelasting* zu passen (vgl. das steuer-rechtliche Kriterium aus meinem Prüfungskatalog).

Ich weise aber auf den Umstand hin, dass diese deutsche Systematik mit sich bringen würde, dass im Grunde jeder Verein und jede Stiftung eine Körperschaftsteuererklärung einreichen muss, es sei denn der betreffende Verein oder die betreffende Stiftung zeigt an, dass sie (ausschließlich) eine *non-profit* (gemeinnützige), mildtätige oder kirchliche Funktion hat und kein „wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb“ vorliegt. Dies hat zur Folge, dass Stiftungen und Vereine es eher mit administrativen Lasten zu tun bekommen. Daneben hat die deutsche Systematik Folgen für die Beweislastposition des Steuerpflichtigen. Die Steuerbehörde könnte sich mehr zurücklehnen, da als Grundregel eine Körperschaftsteuerpflicht vorliegt. Diese beiden Punkte werden zweifellos Widerstand aus der Praxis provozieren; die deutsche Systematik würde darum weniger gut in Sachen Durchführbarkeit und Handbarkeit (Bestandteil des steuer-politischen Kriteriums) abschneiden.¹⁵⁷³ Daneben würde vermutlich eine Diskussion darüber entstehen, wann von gemeinnütziger, mildtätiger oder kirchlicher Funktion die Rede ist. Ohne das in Details darzulegen könnten sich die Niederlande auch an dieser Stelle sich Inspiration aus Deutschland holen, um zu analysieren, wie das (nicht) ausgestaltet werden sollte.

12.5 Steuerrechtlicher Gewinnbegriff

In diesem Kapitel habe ich untersucht, wie der steuerrechtliche Gewinnbegriff in der *vennootschapsbelasting* respektive *Körperschaftsteuer* aussieht und welche Unterschiede und Übereinstimmungen zwischen dem Steuerobjekt und dem Verhältnis zum handelsrechtlichen Gewinnbegriff bestehen. Aus der Analyse des niederländischen Teils scheint es mir, dass es ganz allgemein zwei Diskussionsschwerpunkte rund um den steuerrechtlichen Gewinnbegriff gibt:

- Sollte in Bezug auf den steuerrechtlichen Gewinnbegriff einem eher „rule-based-Prinzip“ oder einem eher „principle-based-Prinzip“ gefolgt werden?
- Sollte in Bezug auf den steuerrechtlichen Gewinnbegriff stärker an den Inhalt des handelsrechtlichen Gewinnbegriffs angeknüpft werden?

¹⁵⁶⁹ Siehe auch R. Offermanns, The entrepreneurship concept in a European comparative law perspective, Eucotax, Kluwer Law International, volume 5, 2002, S. 178-179.

¹⁵⁷⁰ Zu dt. „separiertes Privatvermögen“.

¹⁵⁷¹ Hinsichtlich einer ausführlicheren Betrachtung siehe J.P. Boer, De toerekeningsstop en het APV-regime: dubbel genaaid, houdt beter?, WFR 2017/229. Kooiman weist übrigens darauf hin, dass seiner Ansicht nach mit Blick auf das Urteil des *Hoge Raad* vom 10. April 2015 (nr. 13/04999, BNB 2015/152) (nicht-diskretionäres) Vermögen des Trusts außer Betracht bleiben kann. W.R. Kooiman, Het nieuwe trustarrest, NTFR-B 2017/43.

¹⁵⁷² In gleichem Sinne N. Idsinga/T.N Peters van Neijenhof/S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, Afgezonderd Particulier Vermögen en Nederlandse (familie)stichtingen, WPNR 2013/6995.

¹⁵⁷³ Siehe diesbezüglich auch die bereits zuvor angeführte Quelle Geschriften van de vereniging van belastingwetenschap, maatschappelijke ondernemingen, nr. 245, Kluwer 2011, Paragraph 6.8. Auch Van Houte merkt an, dass es nicht richtig ist, jedem, also auch Stiftungen/Vereinen, die nicht steuerpflichtig sind, einfach eine Erklärungspflicht aufzuerlegen, mit dem Argument, dass die Steuerbehörde zu lax ist, um die registrierten Stiftungen/Vereine aufzuspüren und zu kontrollieren. C.P.M. van Houte, geen algemene aangifteplicht voor stichtingen en verenigingen, WFR 1994/890.

12.5.1 Ein eher *rule-based* steuerrechtlicher Gewinnbegriff, eine Option für die Niederlande?

Sowohl in den Niederlanden als auch in Deutschland ist der Begriff des *totaalwinst* geläufig, scheint dieser Begriff in Deutschland auch eine weniger prominente Rolle im Steuerwesen zu spielen als es in den Niederlanden der Fall ist. Eine Klausel mit dem Inhalt, dass der *totaalwinst* eines Unternehmens Zeit seines Bestehens zu versteuern ist, ist im deutschen Gesetz nicht zu finden.¹⁵⁷⁴ Das *objektive Nettoprinzip*, das in Deutschland eine wichtige Rolle im Steuerrecht spielt, kann meiner Ansicht nach im Wesentlichen mit dem niederländischen *totaalwinst*-Prinzip verglichen werden.

Die deutschen Methoden, den jährlichen Gewinn zu ermitteln, stimmen mit den niederländischen Methoden überein. Der Gewinn wird jährlich durch die Aufstellung eines Vermögensvergleichs oder durch die Gewinn- und Verlustrechnung ermittelt. Entnahmen und Einlagen müssen in beiden Ländern aus der Gewinnberechnung herausgerechnet werden. In beiden Ländern finden sich die Regeln für die Gewinnermittlung sowohl in der *vennootschapsbelasting* (Körperschaftsteuer) als auch, mittels einer Verweis-Klausel, in der *inkomstenbelasting* (Einkommensteuer).

Ein wesentlicher Unterschied finde ich jedoch den Unterschied zwischen den Niederlanden und Deutschland, was die steuerlichen Folgen einer informellen Kapitaleinlage anbelangt. Während in den Niederlanden aufgrund des *Schwedische Großmutter-Urteils* (Idee des *totaalwinst*) und Art. 8b Wet VPB 1969 bei nicht fremdvergleichsüblichem Handeln eine Korrektur zur Fremdvergleichsüblichkeit vorgenommen wird, gefolgt von einer verkappten Dividende oder informellen Kapitaleinlage, ist letzteres in Deutschland nicht immer der Fall. Der steuerrechtliche Gewinnbegriff lehnt an dieser Stelle insofern stark an den handelsrechtlichen Gewinnbegriff an, als dass laut dem *Bundesfinanzhof* § 4 Abs. 1 EStG beinhaltet, dass im Hinblick auf den Vermögensvergleich die Bestimmungen aus dem HGB ausschlaggebend sind.¹⁵⁷⁵ Aufgrund der Bestimmungen im HGB können nur

Vermögensbestandteile in eine Körperschaft eingebracht werden. Einer Körperschaft einen Vorteil zu überlassen (*Nutzungsvorteile*) wird nicht als ein eigenständiger Vermögenbestandteil betrachtet und kann deshalb nicht als informelles Kapital in eine Körperschaft eingebracht werden.¹⁵⁷⁶

Ein andere wesentlicher Unterschied ist, dass in den Niederlanden der Begriff des *goed koopmansgebruik* für die Bestimmung des Gewinnbegriffs zentral ist. Dieser Begriff ist durch den Gesetzgeber nicht näher bestimmt, sondern gilt als eine *open norm*, der im Laufe der Jahre weitgehend durch die Rechtsprechung bestimmt worden ist. In Deutschland ist ein derartiger Begriff nur im handelsrechtlichen Jahresabschluss bekannt, nämlich das Prinzip einer *ordnungsgemäßen Buchführung*.¹⁵⁷⁷ In Deutschland sind die Regeln bezüglich des handelsrechtlichen und steuerlichen Gewinns in (detaillierten) gesetzlichen Bestimmungen festgelegt. In anderen Worten gilt in Deutschland ein eher *rule-based*-Ansatz und in den Niederlanden ein eher *principle-based*-Ansatz bezüglich der Bestimmung des steuerrechtlichen Gewinnbegriffs.

Was die Bestimmung des steuerrechtlichen Gewinnbegriffs anbelangt, haben die Niederlande seit den Anfängen eine *open norm* und sind diesem Prinzip auch weitgehend treu geblieben. Der Umstand, dass der niederländische Gesetzgeber aus budgetären oder instrumentellen Gründen eingegriffen hat und Elemente des *goed koopmansgebruik* doch noch gesetzlich festgelegt hat oder in die Idee des

¹⁵⁷⁴ Auch die Kommission „Totaalwinst“ kommt zur Schlussfolgerung, dass die Entwicklung des Begriffs *totaalwinst* in der deutschen Literatur nicht wieder zu finden ist. Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, Totaalwinst, nr. 253, Kluwer, 2015, Paragraph 2.2, S. 39.

¹⁵⁷⁵ BfH GrS BStBl. 1988, 348. Für eine ausführliche Besprechung dieses Urteils siehe auch die niederländische Literatur D. Juch, *Renteloze leningen in het Duitse belastingrecht*, MBB 1988/172 und G.M.M. Michielse, *Informele kapitaalstortingen en hun internationale complicaties 'auf Deutscher Art und Weise'*, WFR 1989/509.

¹⁵⁷⁶ Daneben finde ich es als beachtlich zu bezeichnen, dass das international akzeptierte *arm's length*-Prinzip nur bei grenzüberschreitenden Transaktionen anwendbar ist und im Prinzip nicht bei inländischen Transaktionen.

¹⁵⁷⁷ Vgl. P.H.J. Essers, *Goed koopmansgebruik and Maßgeblichkeitsprinzip: Time for a change*, StuW 4/2005, S. 332.

totaalwinst eingreift, tut meiner Ansicht nach aber der ursprünglichen Idee bezüglich der Bestimmung des Gewinnbegriffs Abbruch.¹⁵⁷⁸

In Abwägung der in meiner Untersuchung dargestellten Vor- und Nachteile bin ich der Meinung, dass eine wichtige Rechtsfigur wie der steuerrechtliche Gewinnbegriff (in Grundzügen) durch den Gesetzgeber gesetzlich geregelt werden muss und die Bestimmung nicht dem Richter überlassen werden darf.¹⁵⁷⁹ Die Grundzüge des *goed koopmansgebruik* gesetzlich festzulegen verhindert meiner Ansicht nach daneben allzu opportunistisches Verhalten (Gelegenheitseingriffe) von Seiten des Gesetzgebers aus lediglich budgetären Gründen¹⁵⁸⁰ oder unliebsame Gerichtsurteile. Ein anderer Vorteil ist, dass Steuerpflichtige nicht länger gezwungen werden, die umfangreiche Rechtsprechung des *Hoge Raad* zu studieren, um die Rechtslage zu verstehen, sondern sie sich im Grunde darauf beschränken können, eine gesetzliche Bestimmung zu lesen.¹⁵⁸¹ Was die Frage anbelangt, welche Regeln denn dann gesetzlich festgelegt werden sollten, weise ich darauf hin, dass der Gesetzgeber beispielsweise die Bestimmung des Gewinnbegriffs in der G(K)KB als Ausgangspunkt nehmen und das Realisationsprinzip als Leitprinzip ausweisen könnte. Für die Fälle, in denen es nicht wünschenswert ist, dass das Realisationsprinzip ausschlaggebend ist, könnten Bestimmungen basierend auf dem Vorsichtsprinzip¹⁵⁸² und im Weiteren auf dem Einfachheitsprinzip vorgeschrieben werden. Daneben ist es meiner Ansicht nach wünschenswert, - nach deutschem Vorbild - stärker an die kommerzielle Gewinnermittlung anzuknüpfen.

Meiner Ansicht nach erfüllt der deutsche *rule-based*-Ansatz der Bestimmung des steuerrechtlichen Gewinnbegriffs das steuer-rechtliche Kriterium aus meinem Prüfungskatalog besser. Der Vorteil ist, dass die Rechtssicherheit für den Steuerpflichtigen besser gewährleistet scheint. Andererseits darf dieser Punkt auch nicht überschätzt werden, da eine gesetzliche Regelung auch die üblichen Auslegungsprobleme mit sich bringen kann. Angesichts der Vielzahl von Rechtsprechung und Literatur in Deutschland bezüglich der näheren Ausgestaltung und Auslegung der Regeln für die Gewinnermittlung scheint das auch sehr der Fall zu sein. Alles würde jedenfalls davon abhängen, wie die gesetzlichen Regeln formuliert sind, wobei das steuer-politische Kriterium (Durchführbarkeit, Handhabbarkeit) und das *steuer-gesetzesteknische Kriterium* (Einfachheit/Deutlichkeit/Zugänglichkeit) ausdrücklich in Betracht zu ziehen sind.

Die von Essers vorgebrachte Idee, die Grundzüge des *goed koopmansgebruik* im Gesetz festzulegen und zwischen bestimmten Gruppen Steuerpflichtiger und dem *Belastingdienst* Vereinbarungen zu schließen, spricht mich an.¹⁵⁸³ Dadurch könnte beispielsweise auch Klarheit geschaffen werden über die Hierarchie der *goed koopmansgebruik*-Prinzipien. Das Argument, wir würden in einen Dschungel von Regeln abgleiten, halte ich nicht für valide, da (richterliche) Regeln schon jetzt vorliegen. Die

¹⁵⁷⁸ Im am 20. Oktober 2017 veröffentlichten Koalitionsvertrag hat die neue Regierung wiederum aus budgetären Gründen eingegriffen. Die Verlustvortragsfrist ist weiter von neun auf sechs Jahre begrenzt (worden) und die Abschreibungsbeschränkung für Gebäude im eigenen Gebrauch ist insofern weiter begrenzt (worden), dass Abschreiben nicht mehr möglich ist bis 50%, sondern bis 100% des WOZ-Wertes (*Anm. Der WOZ-Wert ist eine Art gesetzlicher Verkehrswert aus dem Immobilienbewertungsgesetz.*).

¹⁵⁷⁹ Was das anbelangt, stimme ich mit Anderson überein, der darauf hinweist, dass Gesetzgebung mit *open norms* sich besser für Missbrauchsbekämpfungs-Vorschriften eignet, wobei man gerade im Voraus die kreativen Konstruktionen nicht vorhersehen kann, die sich Steuerpflichtige ausgedacht haben oder noch ausdenken werden. R.J. Anderson, Open norms in de fiscale wetgeving, WFR 2018/15.

¹⁵⁸⁰ Dabei kann beispielsweise an die Beschränkung der Abschreibung auf Gebäude, Goodwill und übrige Betriebsmittel und die Anpassung von Regelungen bezüglich der Bewertung unfertiger Erzeugnisse und Leistungen im *Wet werken aan winst* (zu dt. „Gesetz Arbeiten an Gewinn“) von 2007 gedacht werden.

¹⁵⁸¹ In gleichem Sinne A.O. Lubbers, *Goed koopmansgebruik*, Fiscale Geschriften nr. 19, SDU, 2005, Paragraph 12.2.

¹⁵⁸² Vgl. beispielsweise den GKB-Entwurf, worin es spezifische Bestimmungen möglich machen, Verluste zu berücksichtigen, die vor der Realisation gemacht worden sind (z.B. Rückstellungen, Abzug von Forderungsausfällen, Wertverluste).

¹⁵⁸³ Geschriften van de Vereniging van Belastingwetenschap, *De toekomst van gkg na invoering van IFRS in 2005*, nr. 224, Kluwer, 2005, o.a. paragraaf 5.7.

Kodifizierung in gesetzliche Regeln fördert die Rechtssicherheit und es ist auch der demokratisch gewählte Gesetzgeber selbst, der die Bestimmung des gesetzlichen Steuerbegriffs vornimmt. Auch bezweifle ich, ob das Argument wirklich stimmt, dass eine *open norm* viel dynamischer sei, wodurch es einfach wäre mit gesellschaftlichen Entwicklungen Schritt zu halten. Mir scheint es, dass ein Gesetzgeber im Zusammenhang mit den jährlichen Gesetzespaketen durchaus in der Lage ist, auf die gesellschaftlichen Entwicklungen einzugehen.¹⁵⁸⁴

Eine stärkere gesetzliche Bestimmung des *goed koopmansgebruik*-Begriffs knüpft auch besser an den GKB-Entwurf an, der durch ein *rule-based*-System und einen eigenen Gewinnbegriff gekennzeichnet (vgl. das Kriterium internationale/europäische Steuerrechtsentwicklungen aus meinem Prüfungskatalog) ist.

Summa summarum bin ich der Meinung, dass im Zusammenhang mit dem steuerrechtlichen Gewinnbegriff ein *rule-based*-Ansatz, wie Deutschland ihn handhabt, für die Niederlande empfehlenswert ist.

12.5.2 Stärker an den handelsrechtlichen Gewinnbegriff anknüpfen, eine Option für die Niederlande?

Ein anderer Unterschied zwischen beiden Ländern ist das Verhältnis zwischen dem steuerrechtlichen Gewinnbegriff und dem handelsrechtlichen Gewinnbegriff. In den Niederlanden herrscht (traditionell) das angelsächsische Modell vor, wonach die externe Rechnungslegung sich an den Gesellschaftern orientiert („true and fair view“). In den Niederlanden besteht zwar eine Verbindung zwischen der steuerlichen und handelsrechtlichen Gewinnermittlung, aber die bedeutet im Grunde „nur“, dass in erster Instanz Elemente aus der Betriebswirtschaft als zentral angesehen werden. In den Niederlanden herrscht eine relativ starke Autonomie der steuerlichen Regeln für die Gewinnermittlung und der Begriff *goed koopmansgebruik* hat sich in der Historie losgelöst von der handelsrechtlichen Gewinnermittlung entwickelt. Dies ist ein großer Unterschied zu Deutschland, wo das kontinentale Modell (vorsichtige Bewertung und Gläubigerschutz) vorherrscht. In Deutschland hat sich das steuerliche Regelwerk (verglichen mit den Niederlanden) in Bezug auf das handelsrechtliche Regelwerk in geringem Maße entwickelt. In Deutschland ist die Anknüpfung des steuerlichen Jahresabschlusses an den handelsrechtlichen Jahresabschluss ursprünglich der Ausgangspunkt.

In welchem Maße der handelsrechtliche Gewinnbegriff für den steuerrechtlichen Gewinnbegriff von Einfluss sein sollte, wird schon seit Bestehen einer Körperschaftsteuer in beiden Ländern diskutiert. Nach der Analyse der historischen Entwicklung und Systematik in Deutschland bin ich der Meinung, dass in den Niederlanden mehr an den handelsrechtlichen Gewinnbegriff angeknüpft werden sollte wie es in Deutschland der Fall (gewesen) ist. *Maßgeblichkeit* wird aufgrund von Durchführbarkeit, Einfachheit und Einheitlichkeitsüberlegungen angestrebt. Anknüpfung an den handelsrechtlichen Gewinnbegriff sorgt meiner Ansicht nach für eine Verbesserung im Hinblick auf das steuer-politische Kriterium (Durchführbarkeit und Handhabbarkeit) und das steuer-gesetzestechische Kriterium (Einfachheit/Deutlichkeit/Zugänglichkeit). Daneben würde es auch eine zunehmende Angleichung geben (stärkere Kohärenz zwischen der Betriebswirtschaft und dem Steuerwesen; Bestandteil des steuer-rechtlichen Kriteriums aus meinem Prüfungskatalog). Es ist jedoch als beachtlich zu bezeichnen, dass gerade auch in Deutschland eine Tendenz wahrgenommen werden kann, dass der steuerrechtliche Gewinnbegriff sich losgelöst vom handelsrechtlichen Gewinnbegriff weiter entwickelt. Dies ist teilweise dem Gesetzgeber geschuldet, der steuerrechtlich gesehen, aus ordnungspolitischen Gründen oder nicht, von den handelsrechtlichen Regeln abweicht. Daneben weicht die seit jeher kontinentale Methode der Gewinnberechnung in Deutschland (nach dem Rheinländischen Modell) von der international mehr akzeptierten angelsächsischen Methode (wie IFRS) ab.

¹⁵⁸⁴ Die heutige Praxis ist, dass der Gesetzgeber meiner Ansicht nach viel zu wenig periodisch gegensteuert und wenn er es tut, dann oft mit deutlich mehr Blick für die Interessen des Staates (vgl. beispielsweise die gesetzlichen Abschreibungsbeschränkungen im Zusammenhang mit dem *Wet werken aan winst* von 2007) als für die von Steuerpflichtigen.

Inwiefern die GKB zu einer Annäherung des niederländischen und deutschen steuerrechtlichen Gewinnbegriffs beiträgt, bleibt abzuwarten. Ich finde es auffällig, dass im GKB-Entwurf kein einziger Verweis auf nationale oder international akzeptierte Rechnungslegungsstandards (wie IAS/IFRS) zu finden ist. Nach der Einschätzung Essers könnte die Europäische Kommission andernfalls den Vorwurf ernten, dass sie via den GKB-Entwurf das versucht zu bewerkstelligen, was sie mit der IAS-Verordnung nicht fertig brachte, nämlich die Harmonisierung der Gewinnfeststellungsregeln für alle Jahresabschlüsse in der EU. Essers plädiert für ein System, in dem auf IAS/IFRS nur zurückgefallen werden kann, falls sowohl die in den GKB-Entwurf aufgenommen Definitionen und spezifische Bestimmungen als auch die allgemeinen Ausgangspunkte und Prinzipien der GKB keine Lösung bieten.¹⁵⁸⁵ Auch Eggert weist darauf hin, dass die IFRS eigentlich die einzige Möglichkeit sind, den steuerrechtlichen Gewinnbegriff aus der GKB auszulegen, falls die GKB selbst keine Lösung bietet. Andernfalls würde nämlich jeder Mitgliedsstaat wieder auf die eigene nationale Ausgestaltung der Regeln zurückfallen, was der Idee der GKB gerade zuwiderläuft.¹⁵⁸⁶

Die Einführung von internationalen Rechnungslegungsstandards, wie die IFRS in 2005, hat meiner Ansicht nach dafür gesorgt, dass der Unterschied zwischen den Niederlanden und Deutschland - was das Verhältnis zwischen dem handelsrechtlichen und steuerrechtlichen Gewinnbegriff anbelangt - kleiner geworden ist. Die IFRS bekommen im Steuerwesen stets mehr Aufmerksamkeit und ich erwarte, dass sowohl der niederländische als auch der deutsche Gesetzgeber und Richter die IFRS in der Zukunft vermehrt als Inspirationsquelle für die weitere Bestimmung des steuerrechtlichen Gewinnbegriffs gebrauchen werden. Für die Zukunft scheint es mir empfehlenswert, dass ein einheitlicher handelsrechtlicher und steuerrechtlicher (unionsrechtlich festgelegter) Gewinnbegriff kommt, der auf einer *going concern*-Bewertung basiert. Wie schwierig das werden wird, zeigt schon der Umstand, dass es (noch immer) keine Verständigung über die Harmonisierung von Gewinnfeststellungsregeln für alle Jahresabschlüsse in der EU noch über eine G(K)KB gibt.

12.6 Verlustverrechnung

In diesem Kapitel habe ich untersucht, wie die Verlustverrechnungsbestimmungen in der *vennootschapsbelasting* respektive *Körperschaftsteuer* (und beschränkt der *Gewerbsteuer*) aussehen und welche Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen den Verlustverrechnungsfristen, der Holdings- und Finanzierungsverlustregelung (die es in Deutschland nicht gibt) und der Regelung zur Vermeidung von Handel mit Verlustgesellschaften (*Mantelkauf*) bestehen. Aus der Analyse des niederländischen Teils scheint es mir, dass es ganz allgemein die folgenden

Diskussionsschwerpunkte gibt:

- Der Verstoß der Verlustrechnungsfristen gegen die Idee des *totaalwinst*;
- Die Tragbarkeit der Holdings- und Finanzierungsverlustregelung;
- Der Verstoß der Regelung zur Vermeidung von Handel mit Verlustgesellschaften (*Mantelkauf*) in die VPB-Struktur, wobei es nicht passt, die dahinter stehenden Gesellschafter einer Verlustgesellschaft zu berücksichtigen.

Allgemein ist mein Eindruck, dass die deutsche Wissenschaft und Praxis von der (Ausgestaltung der) deutschen Verlustverrechnungsbestimmungen nicht begeistert sind. Aus einer Studie von Lüdicke, Kempf und Brink geht ihnen zufolge beispielsweise hervor, dass die deutschen Verlustverrechnungsbestimmungen als sehr komplex erfahren werden und dass diverse (Zusammenspiel von) Regelungen nicht aufeinander abgestimmt sind.¹⁵⁸⁷ Lüdicke bemerkt, dass

¹⁵⁸⁵ P.H.J. Essers, De stiefmoederlijke behandeling van IAS/IFRS in het CCCTB-voorstel, WFR 2017/64.

¹⁵⁸⁶ A. Eggert, Die Gewinnermittlung nach dem Richtlinienentwurf über eine Gemeinsame Konsolidierte Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage, Rechtsordnung und Steuerwesen, Band 48, 2015, S. 154.

¹⁵⁸⁷ Post führt in seinem Buch D.R. Post, de invloed van belangenwijzigingen op verliesverrekening, Fiscaal wetenschappelijke reeks nr. 20, SDU 2012, Paragraph 6.7.2. treffenderweise eine Passage aus der Studie von Lüdicke, Kempf und Brink an "es zeigt sich erneut: Das System der steuerlichen Verlustnutzung ist inzwischen derart komplex, dass Änderungen an einem Ende leicht zu ungewollten, widersprüchlichen und möglicherweise nicht hinnehmbaren Auswirkungen am anderen Ende führen können". J. Lüdicke/A. Kempf/T. Brink e.a., Verluste im Steuerrecht, Nomos, PricewaterhouseCoopers, 2010, Schriften des Interdisziplinären

wenn man durch die verschiedenen Gesetze (EStG, KStG, AStG, InvStG) blättert, man auf mehrere Dutzend Bestimmungen stößt, die auf irgendeine Weise mit Verlusten zu tun haben und das scheinbar viele verschiedene Arten von Verlusten unterschieden werden, abhängig von der Art des Unternehmens, der Aktivität oder des Geschäftsvorfalles.¹⁵⁸⁸ Im Zusammenhang mit der Untersuchung der deutschen Verlustverrechnungsbestimmungen kann ich das dargestellte Bild der Autoren/Forscher bestätigen. Allgemein kann daraus gefolgert werden, dass die deutschen Rechtsbestimmungen bezüglich der Verlustverrechnung die Qualitätserfordernisse Angleichung und Einfachheit/Deutlichkeit/Zugänglichkeit als Bestandteile des steuerrechtlichen respektive steuer-gesetzestechnischen Kriteriums aus meinem Prüfungskatalog nicht oder in geringerem Maße erfüllen.

Trotz der womöglich etwas negativen Stimmung rund um die deutschen Verlustverrechnungsbestimmungen im Allgemeinen kann es natürlich so sein, dass in relativer Hinsicht die Situation qua Verlustverrechnungsbestimmungen in Deutschland allemal noch ein Stück besser geregelt ist als das in den Niederlanden der Fall ist, oder das bestimmte (Teil-) Verlustverrechnungsbestimmungen empfehlenswert sind.

12.6.1 *Mindestbesteuerung* kombiniert mit einem unbeschränkten Verlustvortrag, eine Option für die Niederlande?

Sowohl die Niederlande als auch Deutschland haben eine bewegte Vergangenheit, was die Möglichkeiten von Verlustrückträgen und Verlustvorträgen anbelangt. Die heutige Verlustrücktragsmöglichkeit beträgt in beiden Ländern *ein* Jahr, aber dabei gilt in Deutschland - anders als in den Niederlanden - eine maximale Verrechnung von € 1 Million (und keine Verlustrücktragsmöglichkeit in der *Gewerbesteuer*). Der Verlustrücktrag in den Niederlanden kann damit als weiter betrachtet werden. Was den Verlustvortrag anbelangt haben die Niederlande eine Frist von neun Jahren (kommen die Pläne aus dem Koalitionsvertrag vom 10. Oktober 2017 durch zukünftig sechs Jahre) und Deutschland einen unbefristeten Verlustvortrag kombiniert mit einer *Mindestbesteuerung*. Der Hauptkritikpunkt in den Niederlanden in Bezug auf die Verlustverrechnungsfrist ist der Verstoß gegen die Idee des *totaalwinst*. Meiner Ansicht nach wird damit das steuerrechtliche Kriterium aus meinem Prüfungskatalog nicht oder in geringerem Maße erfüllt. Damit zusammenhängend tauchen in der Praxis Fragen auf, was steuerrechtlich erlaubt ist (welche „Kunstgriffe“ möglich sind), um das Verlorengehen von Verlust(en) zu vermeiden.

Die Frage ist, ob die *Mindestbesteuerung* kombiniert mit einem unbeschränkten Verlustvortrag eine Option für die Niederlande sein könnte. Separat betrachtet bietet die *Mindestbesteuerung* kombiniert mit einem unbeschränkten Verlustvortrag eine Lösung in Bezug auf den niederländischen Hauptkritikpunkt. Es wird dann nämlich im Prinzip nicht gegen die Idee des *totaalwinst* verstoßen und auch aus praktischer Perspektive sollten dann keine Tricks mehr nötig sein, um das Verlorengehen von Verlust(en) zu vermeiden. In budgetärer Hinsicht scheint es auch ein Gewinn für die niederländische Staatskasse zu bedeuten. Darum spricht Bellingwout von einer *win-win*-Situation. Bellingwout ist begeistert und plädiert für die Einführung der *Mindestbesteuerung* in den Niederlanden. Er sieht als Vorteil, dass die Regelung beschwerdelos in die niederländische Körperschaftsteuer eingefügt werden kann, unionsrechtskonform ist, es keiner Tricks mehr bedarf, um drohendes Verlorengehen von Verlust(en) zu vermeiden, die Regelung keine Auswirkung auf den Jahresabschluss hat und in budgetärer Hinsicht das Nötige einbringen kann.¹⁵⁸⁹

Aus meiner Untersuchung der *Mindestbesteuerung* zeigt sich jedoch, dass diese die Verlustverrechnung drosselnde Maßnahme in Kombination mit anderen Bestimmungen (beispielsweise der Regelung gegen Handel mit Verlustgesellschaften (*Mantelkauf*)) oder Umständen (beispielsweise Insolvenz) doch noch zu einem Verstoß gegen die „deutsche Idee des *totaalwinst*“ (*objektives Nettoprinzip*) führen könnte, dadurch dass der Steuerpflichtige durch die Drosselung

Zentrums für Internationales Finanz - und Steuerwesen - International Tax Institute der Universität Hamburg, Band 47, S. 323.

¹⁵⁸⁸ J. Lüdicke, Der Verlust im Steuerrecht, DStZ 12/2010, blz 435.

¹⁵⁸⁹ J.W. Bellingwout, Een win-win alternatief voor verliescompensatie, WFR 2005/1518, Paragraph 5.

nicht in der Lage gewesen ist, alle Verluste zu verrechnen.¹⁵⁹⁰ Die Einführung einer *Mindestbesteuerungsregel* in den Niederlanden würde also meiner Ansicht nach in den Niederlanden mehr oder weniger dieselben strukturellen und systematischen Fragen aufwerfen wie in Deutschland, nämlich ob die *Mindestbesteuerung* in Kombination mit anderen Bestimmungen und Umständen wirklich der Idee des *totaalwinst* entspricht.¹⁵⁹¹ Daneben kann eine die Verlustverrechnung drosselnde Maßnahme *an sich* als eine Regelung betrachtet werden, die gegen den ökonomischen Neutralitätsgedanken verstößt. Das Neutralitätsprinzip kann als Bestreben gesehen werden, die durch die Körperschaftsteuer (und Steuern allgemein) hervorgerufenen Verzerrungen auf ein Minimum zu begrenzen. Dies würde bedeuten, dass (doch) nicht in stärkerem Maße das steuer-rechtliche Kriterium aus meinem Prüfungskatalog erfüllt wird.

Die Einführung würde meiner Ansicht auch bedeuten, dass in die niederländische Körperschaftsteuer eine neue Regelung aufgenommen wird, die nicht zu einer Vereinfachung der Gesetzgebung führt. Auch dem niederländischen Geschäftsklima wäre damit nicht gedient.¹⁵⁹² Im Gegenteil, die (niederländische) Wirtschaft würde der Einführung einer *Mindestbesteuerung* als Tauschgeschäft für eine unbeschränkte Verlustvortragsmöglichkeit sicher nicht entgegenfeiern.¹⁵⁹³

Der niederländische Finanzminister ist selbst auch nicht begeistert von einer möglichen Einführung der *Mindestbesteuerung* in den Niederlanden. Ohne es näher zu begründen, lehnt er eine Einführung ab, da sie ihm zufolge der Staatskasse nur einen Zinsvorteil bietet.¹⁵⁹⁴ Im Anbetracht dieses letzten Kommentars des Finanzministers bekomme ich den Eindruck, dass die Einführung einer *Mindestbesteuerung* dazu führt, dass auch das Subsidiaritäts-/Verhältnismäßigkeitserfordernis (Bestandteil des steuer-politischen Kriteriums aus meinem Prüfungskatalog) in geringerem Maße erfüllt wird. Ich erwarte, dass die Nutzen (höhere Budgeteinkünfte) nicht im Verhältnis zu den Lasten (nämlich keine evidente Verbesserung mit Blick auf das steuer-rechtliche Kriterium, Verschlechterung des Geschäftsklimas und mehr Regelwerk) stehen.

Summa summarum scheint mir die Einführung eines unbeschränkten Verlustvortrags mit einer *Mindestbesteuerung* nicht empfehlenswert für die Niederlande. Lediglich einen unbeschränkten Verlustvortrag einzuführen (ohne Begrenzung des jährlich abzugsfähigen Betrags) wäre meiner Ansicht nach jedoch wohl empfehlenswert. Dies würde dazu beitragen, dass das steuer-rechtliche Kriterium aus meinem Prüfungskatalog besser erfüllt wird. Darüber hinaus passt das zum GKB-Entwurf, worin ebenfalls eine Möglichkeit zum unbeschränkten *carry forward* aufgenommen worden ist. Daneben sollte es meiner Ansicht nach eine *carry back*-Option geben. Dies entspricht nämlich auch der Idee des *totaalwinst* (und Verbesserung mit Blick auf das steuer-rechtliche Kriterium) und

¹⁵⁹⁰ Der Stand der Rechtsprechung ist, kurz zusammengefasst, dass der *Bundesfinanzhof* der Meinung ist, dass die *Mindestbesteuerung* als solche als rechtmäßig betrachtet werden kann. Die Frage, ob das auch der Fall ist, falls ein definitives Verlorengelien von Verlust(en) im Zusammenhang mit der *Mindestbesteuerung* vorliegt, liegt dem *Bundesverfassungsgericht* vor.

¹⁵⁹¹ Vgl. E.Röder, Zur Verfassungswidrigkeit der Mindestbesteuerung (§10d Abs. 2 EStG) und der Beschränkung des Verlustabzugs nach §8c KStG, *StuW* 1/2012, S. 22. Er weist darauf hin, dass die *Mindestbesteuerung* dem Leistungsfähigkeitsprinzip zu wider läuft (und damit in Widerspruch zum Grundgesetz gerät) und dass ein beschränkter Verlustvortrag keine Alternative ist, da dies gegen die Idee des *totaalwinst* verstößt.

¹⁵⁹² Siehe diesbezüglich auch C.Watrin/A.Wittkowski/R.Ullmann, Deutsche Mindestbesteuerung und ihre Belastungswirkung, *StuW* 3/2008, S.247. Sie merken an, dass sich der deutsche Gesetzgeber fragen muss, ob die nachteiligen Auswirkungen der *Mindestbesteuerung* auf das Geschäftsklima tatsächlich gewollt sind.

¹⁵⁹³ Siehe diesbezüglich auch Van der Geld, der anmerkt, dass der Wirtschaft am besten mit einem weiten Verlustrücktrag gedient ist. *Carry back* von Verlust führt bei Unternehmen in einer Verlustsituation zu einer unmittelbaren Erstattung bereits entrichteter Steuern und folglich zu einem positiven *cashflow* vom Fiskus zu einer Zeit, in der man es in der Regel sehr gut gebrauchen kann. J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken Vennootschapsbelasting*, FED Fiscale Studieseries nr. 31, Kluwer, 11e druk, 2015, Paragraph 13.1.

¹⁵⁹⁴ Kamerstukken II, 2005-2006, 30572, nr. 8, S. 58.

sorgt für den ökonomisch wünschenswerten anti-zyklischen Effekt.¹⁵⁹⁵ Der Vollständigkeit halber merke ich an, dass der GKB-Entwurf eine derartige *carry back*-Option nicht enthält.

12.6.2 Abschaffung der Holdings- und Finanzierungsverlustregelung?

Deutschland hat keine besondere Verlustverrechnungsbeschränkung in Bezug auf Holdings- und Finanzierungsgesellschaften oder eine vergleichbare Regelung, wodurch die Verlustverrechnung in Bezug auf eine bestimmte Aktivität ausgenommen wird. Die Regelung in den Niederlanden ist als Reaktion auf das *Bosal-Urteil* eingeführt worden. Durch den Beschluss, dass fortan Finanzierungskosten in Bezug auf inländische *und* ausländische Beteiligungen abzugsfähig waren, entstand in budgetärer Hinsicht ein Problem und es wurden Möglichkeiten gesucht, die *Bosal-Lücke* zu schließen. Deutschland hat keine (oder in geringerem Maße eine) *Bosal-Lücke* und geht in steuerlicher Hinsicht anders mit dem Beteiligungsaufwand (d.h. den Kosten zum Erwerb und Erhalt einer Beteiligung) an inländischen und ausländischen Beteiligungen um. Beteiligungserträge werden zu 95% unter dem Schachtelprivileg freigestellt. Es wird angenommen, dass 5% als fiktive Kosten mit der betreffenden Beteiligung zusammenhängen.

Die Holdings- und Finanzierungsverlustregelung wird meiner Ansicht nach zu Recht aus Wissenschaft und Praxis schwer kritisiert. Die Regelung erfüllt meiner Ansicht nach alle Kriterien aus meinem Prüfungskatalog nicht oder in geringerem Maße. Die Holdings- und Finanzierungsverlustregelung passt systematisch und historisch nicht in das Körperschaftsteuersystem und ist schlicht aus budgetärem Interesse eingeführt worden. Die Regelung sollte meiner Ansicht nach schnellstmöglich aus dem niederländischen Körperschaftsteuergesetz verschwinden. Der Umstand, dass Deutschland (und andere Länder) keine ähnliche Regelung kennen und die Niederlande, was das anbelangt, aus der Reihe fallen, ist ein zusätzliches Argument, diese Regelung zu streichen. Dies würde dazu führen, dass es in beiden Ländern keine besondere Verlustverrechnungsbegrenzung in Bezug auf Holdings- und Finanzierungsgesellschaften gibt.

12.6.3 Die Mantelkaufregelung, etwas für die Niederlande?

Die Niederlande haben wie Deutschland eine Regelung zur Vermeidung von Handel mit Verlustkörperschaften (*Mantelkauf*).¹⁵⁹⁶ In beiden Ländern gibt es Kritik für die Regelung, da diese eigentlich nicht gut in die Struktur der *vennootschapsbelasting* respektive *Körperschaftsteuer* passt; eine Struktur, die auf der Besteuerung von Körperschaften basiert und die dahinter stehenden Gesellschafter der Körperschaft nicht berücksichtigt. Das bedeutet meiner Ansicht nach, dass in beiden Ländern das steuer-rechtliche Kriterium aus meinem Prüfungskatalog nicht oder in geringerem Maße erfüllt wird (die Rechtsbestimmung passt nicht gut in die Struktur des Gesetzes und verstößt gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip).

Die Idee hinter der Regelung stimmt in beiden Ländern meiner Ansicht nach aber überein. Kurz gesagt geht es um die Vermeidung eines steuerlich indizierten Wechsels von Gesellschaftern oder anderweitig Berechtigten bei der Körperschaft, der darauf abzielt, von den zu verrechnenden Verlusten dieser Körperschaft Gebrauch zu machen.¹⁵⁹⁷ Obwohl es in beiden Ländern Kritik bezüglich des (oben) erwähnten Verstoßes gegen die Struktur und Systematik gibt, ist meiner Ansicht nach aus der untersuchten Rechtsprechung und Literatur wohl auszumachen, dass die Idee hinter der Regelung (Missbrauchsbekämpfung) als solche doch gutgeheißen wird. Das Bestehen der Regelung und die Hinnahme des Verstoßes gegen die (oben) genannten Erfordernisse werden meiner

¹⁵⁹⁵ In gleichem Sinne J.A.G. van der Geld, De toekomst van de Nederlandse vennootschapsbelasting, Afscheidsrede 30 september 2016, S. 13.

¹⁵⁹⁶ Für einen Vergleich zwischen der niederländischen und deutschen Regelung zur Vermeidung von Handel mit Verlustkörperschaften (*Mantelkauf*) siehe D.R. Post/M. Toppelhofer, Dutch and German change of ownership legislation: a comparison, Intertax volume 36, Issue 10 (2008), S. 462 e.v.

¹⁵⁹⁷ Auch in der am 25. Oktober 2016 durch die Europäische Kommission vorgestellten G(K)KB ist eine Missbrauchsbekämpfungs-Vorschrift aufgenommen worden, um den Handel mit Verlustgesellschaften entgegen zu treten. Hinsichtlich einer Abhandlung darüber verweise ich auf D.R.Post, (Grensoverschrijdende) verliescompensatie onder de voorgestelde C(C)CTB, WFR 2017/66.

Ansicht nach dadurch gestärkt, dass auch andere europäische Länder und der GKB-Entwurf eine ähnliche Missbrauchsbekämpfungs-Vorschrift haben. Die Diskussion und Kritikpunkte spitzen sich insbesondere im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Sinn und Zweck und Ausgestaltung der Rechtsbestimmung zu (das steuer-politische Kriterium aus meinem Prüfungskatalog).

Die Ausgestaltung der Bestimmung in den Niederlanden ist anders als in Deutschland. Ich bin der Meinung, dass die niederländische Regelung an den ursprünglichen Gedanken besser anknüpft als die heutige deutsche Regelung und damit das steuer-politische Kriterium aus meinem Prüfungskatalog besser erfüllt. Ein Gesellschafterwechsel bei einer Körperschaft, die noch zu verrechnende Verlust hat, deutet meiner Ansicht nach noch nicht unmittelbar auf eine Situation, in der es dem neuen Gesellschafter um die Verluste geht. Die in Deutschland geltende Grundregel und die Interpretation, dass die Veränderung einer Beteiligung (ab 25%) unmittelbar zur Veränderung der Identität führt, sind meiner Ansicht nach viel zu streng.¹⁵⁹⁸ Die in den Niederlanden geltenden Ausnahmen von der Grundregel (*niet-ter-belegging-eis*¹⁵⁹⁹ oder *geen-inkrimping-van-activiteiten-eis*¹⁶⁰⁰) führen in der Praxis freilich zu den üblichen Fragen, sorgen meiner Ansicht nach aber doch dafür, dass die Regelung als Ganzes viel besser an den Sinn und Zweck anknüpft.¹⁶⁰¹ Bereits als der niederländische Finanzminister 1962 zum ersten Mal eingriff (Verordnung vom 13. März 1962), gab er an, dass es sich um einen Kampf gegen den Missbrauch der Übernahme von allen oder fast allen Anteilen einer NV handelt, welche noch zu verrechnende Verluste hat *und* ihren Betrieb komplett oder fast komplett eingestellt hat. Dazu kommt noch, dass meiner Ansicht nach die niederländische Bestimmung viel besser geeignet ist, um interne Umstrukturierungen außerhalb des Anwendungsbereichs der Regelung zu belassen. Beide Länder sind der Meinung, dass interne (Konzern) Umstrukturierungen nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmung fallen sollten. Indem die Niederlande bei der Grundregel an den Begriff „Änderung der endgültigen Beteiligung“ anknüpfen, sind interne Umstrukturierungen im Prinzip nicht betroffen von Art. 20a Wet VPB 1969. In Deutschland ist die Grundregel, dass bei jeder direkten oder indirekten Änderung der Gesellschafter § 8c KStG im Prinzip anwendbar ist, also auch bei internen Umstrukturierungen. Der Steuerpflichtige kann sich im Anschluss dann als Ausnahmeregelung auf die „Konzernklausel“ berufen, aber diese wird sehr eng ausgelegt und scheint nicht auszureichen für *bona fide* Restrukturierungen, die nicht auf das Benutzen von Verlusten von Verlustgesellschaften abzielen.¹⁶⁰² Also auch an dieser Stelle - hinsichtlich des Gedankens, interne Umstrukturierungen nicht zu tangieren - erfüllt die niederländische Ausgestaltung das steuer-politische Kriterium aus meinem Prüfungskatalog (weniger oder kein *overkill*) besser als die deutsche (umständlichere) Ausgestaltung.

Beide Länder haben übrigens eine Bestimmung, wodurch Verluste verrechnet werden können, sofern stille Reserven vorliegen.

Der deutsche Gesetzgeber hat Ende 2016 die Schärfe von § 8c KStG durch Einführung einer Bestimmung versucht zu entfernen, wodurch die Körperschaft bei fortwährendem Unterhalt desselben Geschäftsbetriebs versuchen kann, die Verluste zu behalten (§ 8d KStG). Es bleibt noch abzuwarten, wie sich diese Lockerung in der Praxis auswirken wird, aber angesichts der Tatsache, dass sich die neue Regelung auch nachteilig für die Steuerpflichtigen auswirken kann und in

¹⁵⁹⁸ Die Mantelkaufregelung ist Möglicherweise verfassungswidrig. BVerfG, Beschluss v. 29.03.2017, 2 BvL 6/11. Sehe auch M. Ernst/H.-P. Roth, Der Vorhang zu und alle Fragen offen - Zur (Un-)Vereinbarkeit von §8c KStG mit Verfassungsrecht nach der "Paukenschlag"-Entscheidung des BVerfG, Ubg 2017, 378.

¹⁵⁹⁹ Das Erfordernis, keine vermögensverwaltende Tätigkeit auszuüben.

¹⁶⁰⁰ Das Erfordernis, die Aktivitäten nicht zurückzufahren.

¹⁶⁰¹ In gleichem Sinne R.Eckhoff, Steuergerechtigkeit als verfassungsrechtliches und als steuerpolitisches Argument, StuW 3/2016, S. 224. Er merkt an, dass § 8c KStG, ursprünglich eine Missbrauchsbekämpfungs-Vorschrift, in der heutigen Form nichts mehr mit Missbrauch zu tun hat. Siehe auch E.Röder, Zur Verfassungswidrigkeit der Mindestbesteuerung (§10d Abs. 2 EStG) und der Beschränkung des Verlustabzugs nach §8c KStG, StuW 1/2012, S.32. Er merkt an, dass § 8c KStG mit einer Regelung zu ersetzen ist, die sich primär Handel mit Verlustgesellschaften (*Mantelkaufgestaltungen*) vornimmt.

¹⁶⁰² In gleichem Sinne D.R. Post, de invloed van belangenwijzigingen op verliesverrekening, Fiscaal wetenschappelijke reeks nr. 20, SDU 2012, Paragraph 6.7.2.

Anbetracht aller strikten Voraussetzungen (wodurch meiner Ansicht nach das steuer-gesetzesteknische Kriterium aus meinem Prüfungskatalog in geringerem Maße erfüllt sein soll), bin ich demgegenüber sehr skeptisch.

Alles in allem komme ich zu der Schlussfolgerung, dass die deutsche Regelung (trotz Einführung des neuen § 8d KStG) eine viel größere Reichweite hat als die niederländische; die deutsche Regelung bringt damit in größerem Maße einen *overkill* mit sich und erfüllt damit das steuer-politische Kriterium weniger gut. Ich bin dann auch der Meinung, dass es nicht empfehlenswert ist, die deutsche *Mantelkaufregelung* (anstelle des heutigen Art. 20a Wet VPB 1969) in die niederländische Körperschaftsteuer aufzunehmen.

12.7 Finanzierung

In diesem Kapitel habe ich untersucht, wie die steuerrechtlichen Regeln rund um Finanzierungsaspekte in der *vennootschapsbelasting* respektive *Körperschaftsteuer* (und beschränkt der *Gewerbsteuer*) aussehen und welche Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen der steuerrechtlichen Handhabung des nicht fremdvergleichsüblichen Darlehens und abzugsfähiger Zinsen in beiden Ländern bestehen. Sowohl in den Niederlanden als auch in Deutschland wird in der *vennootschapsbelasting* und *Körperschaftsteuer* steuerrechtlich ein Unterschied zwischen Fremdkapital und Eigenkapital gemacht. Was das anbelangt gibt es in beiden Ländern also keine Finanzierungsneutralität (vgl. das steuer-rechtliche Kriterium aus meinem Prüfungskatalog). In der *Gewerbsteuer* wird dagegen schon Finanzierungsneutralität angestrebt. Dies wird dadurch bewerkstelligt, Finanzierungs- und Mietkosten nur zum Teil zum Abzug zuzulassen. Aus einer Analyse der Gesetzgebung, Gesetzesmaterialien, Rechtsprechung und Literatur geht meiner Ansicht nach hervor, dass sich in den Niederlanden die Diskussion ganz allgemein um die folgenden Punkte dreht:

- Die Ausgestaltung und Entwicklung der Lehre des nicht fremdvergleichsüblichen Darlehens durch die Rechtsprechung;
- Den "Flickenteppich" von spezifischen Zinsabzugsbeschränkungen.

12.7.1 Eine gesetzliche Bestimmung bezüglich des nicht fremdvergleichsüblichen Darlehens, eine Option für die Niederlande?

In beiden Ländern ist die Lehre vom nicht fremdvergleichsüblichen Darlehen erst seit 2008 richtig aktuell geworden. Während in den Niederlanden der *Hoge Raad* sich der Lehre von der Idee des *totaalwinst* her nähert, muss in Deutschland die Problematik laut dem Gesetzgeber spezifisch aus Sicht des Schachtelprivileg-Systems gesehen werden (negativer Vorteil aus einer Beteiligung). Der deutsche Gesetzgeber ist nämlich der Meinung, dass Kapitaleinzahlungen und im Rahmen von Beteiligungen gewährte nicht fremdvergleichsübliche Darlehen steuerlich gleich zu behandeln sind. Die deutsche Sichtweise, dass das nicht fremdvergleichsübliche Darlehen an eine verbundene Körperschaft in eine Reihe mit einer Kapitaleinzahlung an eine Beteiligung zu stellen ist und auch als solche steuerlich gleichermaßen zu behandeln ist,¹⁶⁰³ finden wir auch in der niederländischen Literatur wieder.¹⁶⁰⁴

Ein nicht fremdvergleichsübliches Darlehen ist sowohl in den Niederlanden als auch in Deutschland ein Darlehen zu zivil- und steuerrechtlichen Zwecken. Auffällig sind die unterschiedlichen Grundregeln in beiden Ländern, was den Umgang mit nicht fremdvergleichsüblichen Darlehen anbelangt. In den Niederlanden ist die Grundregel, dass eine Abschreibung eines Darlehens an eine llierte Person im Grunde zu Lasten des niederländischen Gewinns gebracht werden darf, während in

¹⁶⁰³ Der deutsche Gesetzgeber scheint übrigens nicht streng an der Sichtweise festzuhalten, dass der Verlust als ein negativer Vorteil aus einer Beteiligung zu betrachten ist, da anzunehmen ist, dass durch die Ausweitung der Verbundenheit mit „nahestehenden Personen“ auch Darlehen nach oben und zur Seite unter die betreffende Regelung fallen können, siehe Kapitel 7.3.2.2.

¹⁶⁰⁴ Siehe beispielsweise Ligthart, De onzakelijke lening in de tbs-sfeer, wetgever grijp in, NTFR-B 2012/6, Albert in zijn noot bij HR 25 november 2011, nr. 08/05323 (BNB 2012/37) und Nieuwenboer, Onzakelijke leningen omlaag en totaalwinst: verzoening gewenst!, NTFR 2012/292.

Deutschland seit 01. Januar 2008 gesetzlich in der *Körperschaftsteuer* als Grundregel festgelegt ist, dass eine Abschreibung eines Darlehens an ein verbundenes Unternehmen *nicht* zu Lasten des Gewinns gebracht werden darf. Unter „Verbundenheit“ wird im Zusammenhang mit dem betreffenden deutschen Paragraphen eine direkte oder indirekte Beteiligung von mehr als 25% im nominalen Grund-/Stammkapital verstanden. Angesichts des Umstands, dass der deutsche Gesetzgeber, wie aus der *parlementaire toelichting* hervorgeht, nur Beteiligungskonstellationen vor Augen hatte, ist es auffällig, dass durch den einschlägigen Begriff „nahestehende Personen“ die Problematik des nicht fremdvergleichsüblichen Darlehens anscheinend auf Darlehen „nach oben“ (d.h. an den Gesellschafter) und Darlehen „zur Seite“ (d.h. an eine Schwestergesellschaft) ausgeweitet werden kann. Obwohl der Begriff Verbundenheit in Deutschland (im Zusammenhang mit der Lehre vom nicht fremdvergleichsüblichen Darlehen) anders ausgelegt wird als in den Niederlanden, kann meiner Ansicht nach gefolgert werden, dass in beiden Ländern das nicht fremdvergleichsübliche Darlehen bei Darlehen nach unten, nach oben und Darlehen zur Seite scheint vorkommen zu können. In den Niederlanden kann jedoch auch ein nicht fremdvergleichsübliches Darlehen in Konstellationen vorliegen, in denen die Beteiligungsquote niedriger als 25% ist und, bezugnehmend auf BNB 2015/141,¹⁶⁰⁵ auch falls dies dem persönlichen Bedarf des Gesellschafters zu Gute kommt, oder ein Ausfallrisiko mit der Absicht in Kauf genommen wird, dem Interesse des Gesellschafters zu dienen.

Falls das Darlehen an ein verbundenes Unternehmen von einem Dritten unter den gegebenen Umständen und zu den gegebenen Konditionen nicht gewährt worden wäre, führt das in beiden Ländern dazu, dass die Abschreibung des Darlehens letztlich nicht abzugsfähig vom Gewinn ist. Ein Unterschied ist meiner Ansicht nach, dass die Beweislast in Deutschland strenger zu sein scheint als in den Niederlanden. In Deutschland ist es der Steuerpflichtige, der beweisen muss, dass ein Dritte das Darlehen auch gewährt haben sollte. Ein anderer Unterschied ist meiner Ansicht nach die starre Interpretation des deutschen Gesetzgebers in Bezug auf ein Darlehen ohne Sicherheiten. Anders als das deutsche *Bundesfinanzhof* ist der deutsche Gesetzgeber der Meinung, dass ein derartiges Darlehen per Definition als ein nicht fremdvergleichsübliches Darlehen anzusehen ist. In den Niederlanden hat der *Hoge Raad* entschieden, dass weder das Nicht-Stellen von Sicherheiten, noch das Nicht-Vereinbaren eines Tilgungsplans noch das Vereinbaren eines niedrigen und gutzuschreibenden Zinses ohne Weiteres bedeuten, dass die Rede von nicht fremdvergleichsüblichem Handeln ist.¹⁶⁰⁶

Der Prüfungszeitpunkt (hauptsächlich der Moment des Darlehensabschlusses) ist im Grunde in beiden Ländern derselbe, ist in den Niederlanden auch mehr oder weniger kontinuierlich zu prüfen, ob tatsächlich noch als ein Dritter gehandelt wird. In Deutschland muss in dem Augenblick neu geprüft werden, in dem der Schuldner in eine *Krise* gerät. Der Begriff „Krise“ ist durch den deutschen Gesetzgeber nicht näher definiert. Ein anderer Unterschied zwischen beiden Ländern ist die Liquidationsverlustregelung. Während in den Niederlanden der Verlust im Zusammenhang mit einem nicht fremdvergleichsüblichen Darlehen - in Beteiligungskonstellationen - bei Auflösung des Unternehmens des Schuldners mittels der Liquidationsverlustregelung auf jeden Fall noch Berücksichtigung finden kann (und bei wesentlichen Beteiligungen mittels der Erhöhung des Anschaffungspreises), ist das in Deutschland nicht möglich. Ein Verlust im Zusammenhang mit einem nicht fremdvergleichsüblichen Darlehen ist dort ein Verlust, der definitiv nicht zu Lasten des Gewinns gehen kann.

Der Zinssatz spielt bei der Lehre vom nicht fremdvergleichsüblichen Darlehen in den Niederlanden eine große Rolle. Zunächst um zu ermitteln, ob ein fremdvergleichsübliches oder nicht fremdvergleichsübliches Darlehen vorliegt und anschließend, falls ein nicht fremdvergleichsübliches Darlehen vorliegt, im Zusammenhang mit der vom *Hoge Raad* gebrauchten Faustregel. In Deutschland wird der Zinssatz nicht als korrigierender Faktor bei der Ermittlung, ob ein fremdvergleichsübliches oder nicht fremdvergleichsübliches Darlehen vorliegt, verwendet. Falls unter gleichen Umständen ein Dritter das Darlehen nur gegen einen höheren Zinssatz hätte gewähren wollen, wird der Zins zwar nicht zu Steuerzwecken korrigiert, aber es ist von einem fremdvergleichsüblichen Darlehen die Rede. Dass der Zinssatz in Deutschland bis heute nicht als

¹⁶⁰⁵ HR 20 maart 2015, nr. 13/05470, BNB 2015/141.

¹⁶⁰⁶ HR 13 januari 2012, nr. 10/03654, BNB 2012/79.

korrigierender Faktor verwendet wird, kann möglicherweise mit dem Umstand erklärt werden, dass in inländischen Konstellationen der Zinssatz als solcher nicht korrigiert wird. Der Unterschied zwischen dem vereinbarten niedrigeren Zins und dem fremdvergleichsüblichen Zins wird steuerlich der Kapitalsphäre zugeordnet, ohne dass dies - anders als in den Niederlanden aufgrund von Art. 8b Wet VPB 1969 - den Gewinn beeinflusst.

Die Lehre vom nicht fremdvergleichsüblichen Darlehen kann in den Niederlanden sowohl in der Einkommensteuer- als auch in der Körperschaftsteuersphäre vorkommen und im Großen und Ganzen sind die Voraussetzungen und steuerlichen Folgen für natürliche Personen und juristische Personen in den Niederlanden gleich. Eine Regelung für nicht fremdvergleichsübliche Darlehen wie in der *Körperschaftsteuer* gab es bis 01. Januar 2015 für natürliche Personen oder Personengesellschaften in der deutschen *Einkommensteuer* nicht. Seit genanntem Datum ist ein Verlust im Zusammenhang mit einem von einem Gesellschafter (als natürliche Person) gewährten nicht fremdvergleichsüblichen Darlehen auch nicht abzugsfähig (siehe die hinzugefügten Sätze zwei und sechs von § 3c Abs. 2 EStG).¹⁶⁰⁷

An sich könnte das gesetzliche Festlegen von Regeln bezüglich des nicht fremdvergleichsüblichen Darlehens zu mehr Rechtssicherheit führen, wodurch das steuer-rechtliche Kriterium aus meinem Prüfungskatalog besser erfüllt würde. Die deutsche steuergesetzliche Regelung schneidet meiner Ansicht nach hinsichtlich dieses Erfordernisses jedoch nicht besser ab (aufgrund der vielen offenen gesetzlichen Auslegungsfragen gibt es noch immer viel Rechtsunsicherheit) und daneben auch in unzureichender Weise hinsichtlich der anderen Kriterien aus meinem Prüfungskatalog. Soweit ich es erkennen kann gibt es in Deutschland mindestens genauso viel, wenn nicht mehr - und meiner Ansicht nach auch mehr grundsätzliche - offene Fragen und Kritikpunkte im Hinblick auf das nicht fremdvergleichsübliche Darlehen als in den Niederlanden. Der Umstand, dass anstelle von Kapital ein Darlehen an eine verbundene Körperschaft gewährt wird, bringt mit sich, dass ein eventueller Verlust im Prinzip (als Grundregel) auf Seiten des Darlehensgebers abzugsfähig sein sollte. Das geht meiner Ansicht nach mit dem Umstand einher, dass in steuerrechtlicher Hinsicht bis heute grundsätzlich ein Unterschied zwischen Eigen- und Fremdkapital gemacht wird. Ich kann mich in den in der deutschen Literatur aufgeworfenen Kritikpunkten wiederfinden, dass die deutsche gesetzliche Herangehensweise einen erzwungenen Vergleich zwischen Kapitaleinzahlungen und nicht fremdvergleichsüblichen Darlehen an verbundene Körperschaften anzustellen versucht und damit einen fundamentalen Eingriff in die heutige steuerrechtliche Handhabung von Fremdkapital vornimmt. Die Ermittlung, wann ein nicht fremdvergleichsübliches Darlehen vorliegt, wird in Deutschland nicht konsequent vorgenommen. Der Gesetzgeber hat als Sinn und Zweck genannt, dass das nicht fremdvergleichsübliche Darlehen als Verlust aus der Beteiligung zu betrachten ist, aber die gesetzliche Ausgestaltung umfasst auch Nicht-Beteiligungskonstellationen. Dies führt unter anderem zu einem möglichen Verstoß gegen das *Nettoprinzip* (Leistungsfähigkeitsprinzip und Gleichheitsprinzip), da Abschreibungsverluste dann zu Unrecht nicht berücksichtigt werden können. Dazu kommt, dass ein Verlust im Zusammenhang mit einem nicht fremdvergleichsüblichen Darlehen in Deutschland in Beteiligungskonstellationen, aufgrund einer fehlenden Liquidationsverlustregelung, einen Verlust darstellt, der definitiv nicht zu Lasten des Gewinns gehen kann. An dieser Stelle scheint mir die gesetzliche Ausgestaltung nicht dem Zweck zu entsprechen und wird das steuer-politische Kriterium aus meinem Prüfungskatalog in geringerem Maße erfüllt. Daneben wird durch den möglichen Verstoß gegen das *Nettoprinzip* das steuer-rechtliche Kriterium aus meinem Prüfungskatalog in geringerem Maße erfüllt.

Aufgrund der vielen offenen Fragen in beiden Ländern und vor allem aufgrund des Umstands, dass die Ermittlung eines nicht fremdvergleichsüblichen Darlehens in beiden Ländern eine Einzelfallbeurteilung ist, kommt es sowohl in den Niederlanden als auch in Deutschland für den Steuerpflichtigen und die Steuerbehörde zu Unsicherheit und Bürokratieaufwand (wenn auch aufgrund der Beweislastverteilung weniger für die deutsche Steuerbehörde). Die Beweislast ist in Deutschland in meinen Augen unangemessen und unverhältnismäßig zum Nachteil des Steuerpflichtigen verteilt und es ist unklar, ob und falls ja, wie der Steuerpflichtige überhaupt den

¹⁶⁰⁷ Eingeführt durch das Zollkodex-Anpassungsgesetz, BGBl I, S. 2417. Siehe diesbezüglich M.Weiss, Germany: The tax treatment of shareholder loans in Germany, IBFD 5/2015, 26. März 2015.

Beweis erbringen kann. Insbesondere in Deutschland werden meiner Ansicht nach an dieser Stelle das steuer-politische Kriterium (Zweifel bezüglich der praktischen Durchführbarkeit und Handhabbarkeit der Regel) und das steuer-rechtliche Kriterium (Rechtssicherheit im Verfahren) aus meinem Prüfungskatalog in geringerem Maße erfüllt.

Kurzum, die deutsche gesetzliche Ausgestaltung der Lehre vom nicht fremdvergleichsüblichen Darlehen passt meiner Ansicht nach nicht besser zu unserer Körperschaftsteuer. Ich bin der Meinung, dass der niederländische Gesetzgeber aber gesetzlich eingreifen und die wichtigsten Kernelemente aus *unserer* Rechtsprechung zum nicht fremdvergleichsüblichen Darlehen festlegen sollte. Ich stimme mit der in der Rechtsprechung entwickelten Methode *zur Ermittlung* eines nicht fremdvergleichsüblichen Darlehens überein (mit dem Zinssatz als korrigierendem Faktor). Diesen Aspekt (also inklusive der Aufnahme der materiellen Voraussetzungen, wann von einem nicht fremdvergleichsüblichen Darlehen die Rede ist) könnte der Gesetzgeber im Gesetz festlegen. Im Anschluss daran, wenn feststeht, dass es sich um ein nicht fremdvergleichsübliches Darlehen handelt, sollte der Gesetzgeber meiner Ansicht nach das betreffende Darlehen als Kapital umklassifizieren. Meiner Ansicht nach passt eine derartige Ausgestaltung zur Idee des *totaalwinst* und führt zu einer wesentlichen Vereinfachung.

12.7.2 Die deutsche EBITDA-Regelung; eine Option für die Niederlande?

Sowohl in den Niederlanden als auch in Deutschland gibt es einen Unterschied in der steuerrechtlichen Handhabung von Eigen- beziehungsweise Fremdkapital. In beiden Ländern ist ein Vermögensabzug (*vermogensaftrek*) nicht möglich (wie beispielsweise im GKB-Entwurf vorgestellt¹⁶⁰⁸) und es sind auch keine Pläne in diese Richtung angekündigt. In beiden Ländern gilt die Grundregel, dass die Vergütung für Fremdkapital (Zinsen) abzugsfähig vom Gewinn ist. Jedoch kann in beiden Ländern der Zinsabzug beschränkt werden. Bei den Zinsabzugsbeschränkungen wird in beiden Ländern nicht strikt zwischen Darlehen innerhalb und außerhalb der Unternehmensgruppe unterschieden. Im Gegensatz zu den spezifischen Zinsabzugsbeschränkungen in den Niederlanden, gilt in Deutschland eine allgemeine Zinsabzugsbeschränkung (Zinsschranke).

Eine allgemeine Zinsabzugsbeschränkung wie die *earnings stripping*-Regelung hat den großen Vorteil, relativ einfach zu sein.¹⁶⁰⁹ Die für die Bestimmung des Abzugs benötigten Informationen - wie der Saldo des zu entrichtenden und erhaltenen Zinses und der EBITDA - sind normalerweise relativ einfach aus dem (steuerlichen) Jahresabschluss abzuleiten. Verbundenheit zwischen Schuldner und Gläubiger, Zusammenhang zwischen Schuldverhältnis und Rechtshandlung und/oder geschäftliche Überlegungen sind keine relevanten Größen. Obwohl die deutsche *earnings stripping*-Regelung im Grundsatz relativ einfach ist, ist die Praxis etwas komplizierter. In Deutschland ist die Gesetzgebung vor allem im Bereich der Ausnahmen und Gegenbeweisregelungen komplex. Dies berührt insbesondere das steuer-politische (ist die Rechtsbestimmung in ausreichender Weise praktisch durchführbar und handhabbar) und das steuer-gesetzestechische Kriterium (die Rechtsbestimmung muss einfach, deutlich und zugänglich sein) aus meinem Prüfungskatalog. Im Hinblick auf die Einfachheit weise ich darauf hin, dass in Deutschland beschlossen worden ist, den Grenzwert auf € 3.000.000 festzulegen. Dadurch wird vielfach verhindert, dass das KMU von der Zinsabzugsbeschränkung getroffen wird. Es ist die Frage, ob die Niederlande bei der Festlegung des Grenzwerts ebenso großzügig sein sollten. Das ist insbesondere vom budgetären Spielraum abhängig. Umso niedriger der Grenzwert angesetzt wird, desto mehr Unternehmen werden potentiell von dieser Gesetzgebung erfasst, was den Bürokratieaufwand für die Behörde und die Wirtschaft beträchtlich erhöht.

¹⁶⁰⁸ Siehe diesbezüglich auch J.L. van de Streek, De toekomst van de vermogensaftrek in de vennootschapsbelasting; principieel of praktisch?, FED 2018/22. Er merkt unter anderem an, dass der von der Europäischen Kommission vorgestellte Vermögensabzug nicht prinzipiell gemeint zu sein scheint, sondern insbesondere als eine Stimulierungsmaßnahme zu Gunsten des (europäischen) Geschäftsklimas gedacht ist.

¹⁶⁰⁹ Siehe auch M.G.H. van der Kroon en J. van Strien, Het streven naar grondslagverbreding: is earningsstripping de oplossing?, NTFR 2011/614.

Neben einer Vereinfachung ist ein anderer Vorteil der Einführung einer (deutschen Variante einer) *earnings stripping*-Regelung, dass die Regelung ein effektives Mittel gegen die „Bosal-Lücke“ wäre. Zinsen sind immerhin nur abzugsfähig, falls (in ausreichender Weise) in den Niederlanden steuerbarer Gewinn erzielt wird. Beteiligungserträge führen nicht zu einer höheren Abzugsmöglichkeit, da bei der Ermittlung des Gewinns (EBITDA) diese Erträge außer Betracht bleiben. Aus deutschen Untersuchungen geht hervor, dass insbesondere Holdinggesellschaften betroffen sind.

In Deutschland gibt es jedoch auch unzählige Kritikpunkte in Bezug auf die EBITDA-Regelung. Einer der Hauptkritikpunkte ist, dass die EBITDA-Regelung eine allgemeine Auswirkung hat, nicht zwischen Zinsen aus Darlehen innerhalb und außerhalb der Unternehmensgruppe unterscheidet und auch dann anwendbar ist, wenn keinerlei Anlass besteht, einen Missbrauch zu unterstellen.¹⁶¹⁰ Ein anderer Kritikpunkt betrifft den Verstoß, den die Regelung gegen das *Nettoprinzip* darstellt.¹⁶¹¹ Aufwendungen (im vorliegenden Falle Zinsaufwendungen), die normalerweise abgezogen werden, da sie die Leistungsfähigkeit eines Unternehmers vermindern, werden vom Abzug ausgeschlossen. Der Umstand, dass die Zinsen nicht auf Seiten des Schuldners abgezogen werden und möglicherweise dennoch auf Seiten des Gläubigers besteuert werden, führt zu einer nicht zu rechtfertigenden ökonomischen Doppelbesteuerung. Andererseits kann argumentiert werden, dass letztlich doch nicht gegen das *Nettoprinzip* verstoßen wird, aufgrund der Tatsache, dass die nicht abzuziehenden Zinsen vorgetragen werden und dass nur ein zeitlicher Unterschied vorliegt. Allerdings können in Deutschland die Zinsen (teilweise) doch definitiv verloren gehen, beispielsweise nach einer Restrukturierung. Der *Bundesfinanzhof* hat selbst geurteilt, dass die deutsche EBITDA-Regelung möglicherweise gegen das Grundgesetz verstößt (*verfassungswidrig*).¹⁶¹² Letztinstanzlich muss das deutsche *Bundesverfassungsgericht* an dieser Stelle entscheiden. Es ist selbstverständlich äußerst bemerkenswert, dass die EBITDA-Regelung aus der Richtlinie zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken in Deutschland gegen das Grundgesetz verstoßen würde.¹⁶¹³ Die deutsche *earnings stripping*-Maßnahme schneidet was das anbelangt im Hinblick auf das steuerrechtliche Kriterium aus meinem Prüfungskatalog schlecht ab.

Eine andere wichtige Beschwerde im Zusammenhang mit *earnings stripping* ist die pro-zyklische Auswirkung. Unternehmen, die in handelsrechtlicher Hinsicht ein Verlustunternehmen darstellen, können (abhängig von der technischen Ausgestaltung der Gesetzgebung) durch eine *earnings stripping*-Regelung in eine Situation geraten, in der ein steuerrechtlicher Gewinn gemacht wird und somit Körperschaftsteuer geschuldet wird. Dies gilt nicht nur für Körperschaften, die freigestellte Beteiligungserträge genießen, sondern auch für operative Unternehmen. Dem pro-zyklischen Effekt der *earnings stripping*-Maßnahme kann (teilweise) dadurch begegnet werden, es genau wie in Deutschland zuzulassen, dass der nicht benutzte EBITDA-Teil eines bestimmten Jahres auf folgende Jahre vorgetragen wird. Als letztes kann als Nachteil einer *earnings stripping*-Maßnahme die Unvorhersehbarkeit genannt werden. Ob Zinsen abgezogen werden können, hängt vom Gewinn ab, sodass Unternehmen erst nach Ablauf eines Buchjahres wissen, ob und in welcher Höhe Zinsen abgezogen werden können. Falls - wie sich im Nachhinein herausstellt - keine Zinsen abgezogen werden können, bedeutet dies eine beträchtliche Erhöhung der effektiven Körperschaftsteuerlast. Es

¹⁶¹⁰ Vgl. auch R. Eckhoff, Steuergerechtigkeit als verfassungsrechtliches und als steuerpolitisches Argument, *StuW* 3/2016, S. 224. Er merkt an, dass § 8a KStG, ursprünglich eine Missbrauchsbekämpfungs-Vorschrift, in der heutigen Form nichts mehr mit Missbrauch zu tun hat.

¹⁶¹¹ Siehe beispielsweise W. Kessler/M.L. Dietrich, Die Zinsschranke nach dem WaBeschG - La dolce vita o il dolce far niente?, *DB* 2010, S. 240 und M. Lenz/O.Dörfner, 'die Zinsschranke im internationalen Vergleich', *DB* 2010, S. 19.

¹⁶¹² *Bundesfinanzhof*, Entscheidung vom 14.10.2015, I R 20/15, gepubliceerd op 10 februari 2016.

¹⁶¹³ Siehe diesbezüglich auch A. Breuer, The Interest Limitation Rule of the Proposed EU Anti-Tax Avoidance Directive: A Violation of the German Constitution? *Kluwerblog* 2 maart, 2016; S. Lampert, T. Meickmann & M. Reinert, Germany: Article 4 of the EU Anti Tax Avoidance Directive in Light of the Questionable Constitutionality of the German "Interest Barrier" Rule, *IBFD* 2016/08/01 und H.T.P.M. van der Hurk/S.J.P. Ubachs, De EBITDA regel binnen OESO en EU-verband, een verstandige keus? (deel II), *WFR* 2016/238, Abschnitt 2.1.

verstehen sich von selbst, dass Investoren/Unternehmer mit dieser Unsicherheit nicht glücklich sind und Maßnahmen vorziehen, deren Effekte bereits im Voraus bekannt sind.

Vor dem Hintergrund dessen, dass die Richtlinie zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken am 21. Juni 2016 angenommen worden ist, eine EBITDA-Regelung eingeschlossen, ist es nicht mehr die Frage, ob es empfehlenswert ist, eine EBITDA-Regelung in die niederländische Körperschaftsteuer aufzunehmen. Die Niederlande sind immerhin auf Grund von (sekundärem) Unionsrecht verpflichtet, diese umzusetzen. Die Frage, die sich meiner Ansicht nach stellt, ist, was die Niederlande mit den heutigen (spezifischen) Zinsabzugsbeschränkungen tun werden und was die Niederlande von den in Deutschland gemachten Erfahrungen, was die Ausgestaltung der EBITDA-Regelung anbelangt, lernen können.

Die niederländische Regierung plant, eine strikte *earnings stripping*-Maßnahme einzuführen und über die in der Richtlinie zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken vorgesehenen Bestimmungen hinauszugehen. So will die Regierung eine KMU-Hürde von (lediglich) € 1.000.000 einführen (ein Grenzwert, den Deutschland beschlossen hat zu erhöhen, da dadurch zu viel (unerwünschte) Steuerpflichtige unter die *earnings stripping*-Maßnahme fielen) und keine sogenannte *Konzern-Escape*-Klausel einführen. Letzteres begründet der Finanzminister mit dem Hinweis darauf, dass auf diese Weise eine einheitlichere Behandlung von Eigen- und Fremdkapital bei allen Körperschaftsteuerpflichtigen angestrebt wird. An sich begrüße ich es, die Aufhebung der steuerrechtlichen Unterscheidung zwischen Eigen- und Fremdkapital grundsätzlich anzugehen. Meiner Ansicht nach ist jedoch die Nicht-Einführung einer *Konzern-Escape*-Klausel um einer angestrebten gleichen Behandlung von Eigen- und Fremdkapital willen eine vom Ergebnis her angestellte Überlegung und nicht so sehr ein prinzipieller Gedanke des Regierungskabinetts. Von einer Gleichstellung von Eigen- und Fremdkapital ist nicht im Geringsten die Rede. Allerdings weise ich darauf hin, dass aus den deutschen Erfahrungen hervorgeht, dass die Handhabung einer *Konzern-Escape*-Klausel besonders komplex auf der Durchführungsebene ist. Aus dieser Perspektive erscheint es somit sinnvoll, dass die niederländische Regierung keine *Konzern-Escape*-Klausel einführt (vgl. auch das steuer-gesetzesteknische Kriterium aus meinem Prüfungskatalog). Was die pro-zyklische Auswirkung der *earnings stripping*-Maßnahme anbelangt, könnten sich die Niederlande noch ein Beispiel an Deutschland nehmen, das - um diese pro-zyklische Auswirkung abzuschwächen - eine Möglichkeit eingeführt hat, unbenutzte EBITDA fünf Jahre zu übertragen. Obwohl in den Niederlanden nicht anhand des Grundgesetzes geprüft werden kann, würden die Niederlande meiner Ansicht nach gut daran tun, die grundgesetzliche Prüfung der *earnings stripping*-Regelung genauestens zu prüfen.

Was die durch die Richtlinie zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken eingeräumten Options-Möglichkeiten anbelangt, würde ich im Lichte des steuer-rechtlichen Kriteriums aus meinem Prüfungskatalog jedoch umfassende *Escape*- und Gegenbeweis-Klauseln wählen. Ausgehend von der bestehenden steuerrechtlichen Unterscheidung zwischen Eigen- und Fremdkapital sind Zinsaufwendungen im Prinzip Aufwendungen, die das Unternehmen tatsächlich belasten und als Grundregel abzugsfähig sein sollten. Dazu passt, dass lediglich in Ausnahmefällen (beispielsweise Missbrauch) Zinsen im Abzug beschränkt werden.¹⁶¹⁴ Auch im Lichte des Erhalts eines attraktiven Geschäftsklimas (Kriterium internationale/europäische Steuerrechtsentwicklungen aus meinem Prüfungskatalog) wäre die Wahl umfassender *Escape*- und Gegenbeweis-Klauseln sinnvoll. Neben der Ausgestaltung der *earnings stripping*-Maßnahme selbst kommt die Frage auf, was die Niederlande mit den heutigen (spezifischen) Zinsabzugsbeschränkungen tun sollen. Deutschland hat neben einer *earnings stripping*-Maßnahme (bei der im Zusammenhang mit einer *Konzern-Escape*-Klausel Darlehen von Anteilseignern berücksichtigt werden) keine einzige andere Zinsabzugsbeschränkung in der *Körperschaftsteuer*. Unter anderem darauf geht meine Empfehlung zurück, dass die Niederlande die heutigen spezifischen Zinsabzugsbeschränkungen soweit wie möglich aufheben. Dadurch würde unser Steuersystem stark vereinfacht werden (vgl. das steuer-gesetzesteknische Kriterium aus meinem Prüfungskatalog). Art. 8c (der Kern/Sinn und Zweck der

¹⁶¹⁴ Es wäre meiner Ansicht nach noch sinnvoller gewesen, in der Richtlinie zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken eine Gegenbeweisregelung aufzunehmen, mittels derer die Zinsen doch noch abzugsfähig sind, falls sie in ausreichender Weise beim Gläubiger besteuert werden.

Bestimmung, nämlich dass eine Körperschaft in ausreichender Weise Substanz haben muss, könnte in einem anderen Artikel festgehalten werden), Art. 10b, Art. 13l und Art. 15ad Wet VPB 1969 könnten meiner Ansicht nach bei der Einführung einer allgemeinen EBITDA-Regelung aufgehoben werden. Ich bin der Meinung, dass der heutige Art. 10a Wet VPB 1969 sich doch mit einer EBITDA-Regelung kombinieren lassen würde. Es könnte auch der Beschluss gefasst werden, Art. 10a Wet VPB 1969 aufzuheben und auf *fraus legis*¹⁶¹⁵-Rechtsprechung zurückzufallen.¹⁶¹⁶ Meiner Ansicht nach könnte dies jedoch zu einer weitaus größeren (zukünftigen) Unsicherheit führen, da inzwischen bald wohl zwanzig Jahre Erfahrung und Rechtsprechung in Bezug auf Art. 10a gesammelt (worden) ist.

12.8 Schachtelprivileg

In diesem Kapitel habe ich untersucht, wie das Schachtelprivileg-System in der *vennootschapsbelasting* respektive *Körperschaftsteuer* (und summarisch der *Gewerbesteuer*) aussieht und welche Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen dem System in beiden Ländern bestehen. Aus einer Analyse der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur geht meiner Ansicht nach hervor, dass es ganz allgemein in den Niederlanden Diskussionen gibt über:

- Die Rechtsgrundlage des Schachtelprivilegs;
- Die Anwendung der Lehre von der Aufteilung der Einkünfte aus Beteiligungen im Zuge eines Sphärenwechsels (*compartimenteringsleer*) und die detaillierte gesetzliche Ausgestaltung.

12.8.1 Die Rechtsgrundlage des Schachtelprivilegs und die Folgen im Hinblick auf Voraussetzungen und das freizustellende Objekt

Die historische Entwicklung und der Sinn und Zweck des Schachtelprivileg-Systems unterscheiden sich in den Niederlanden und Deutschland einigermaßen. In den Niederlande gilt seit jeher sowohl für ausländische als auch für inländische Verhältnisse eine (100%) Freistellungsmethode. Im Verhältnis zum Ausland zeichnen sich die Niederlande als Anhänger des Kapitalimportneutralitätsprinzips mit der Freistellungsmethode als zentrale Methode zur Vermeidung von internationaler Doppelbesteuerung aus. In vom Gesetzgeber unerwünschten Konstellationen (wie bei einer niedrig besteuerten Beteiligung, die als Kapitalanlage gehalten wird) gilt in den Niederlande eine Anrechnungsmethode.

In Deutschland findet zur Vermeidung von Doppelbesteuerung sowohl die Freistellungsmethode als auch die Anrechnungsmethode Anwendung. In Deutschland ist historisch gesehen die Anrechnungsmethode die zentrale Methode zur Vermeidung von Doppelbesteuerung. Aus § 26 KStG i. V. m. 34c EStG geht hervor, dass in Deutschland in nationaler Hinsicht im Grunde als zentrale Methode die Anrechnungsmethode gilt und damit Kapitalexporthneutralität angestrebt wird. Dennoch gilt im heutigen System in Bezug auf Dividenden und Veräußerungsgewinne aus Beteiligungen ein Schachtelprivileg (Freistellungsmethode, § 8b KStG). Auch in den durch Deutschland abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen wird in Bezug auf bestimmte Erträge (beispielsweise Dividenden, oder Gewinne aus einer Betriebsstätte im Ausland) eine Doppelbesteuerung durch Anwendung der Freistellungsmethode vermieden. Im Hinblick auf die Anwendung des Schachtelprivilegs und der Abkommenspolitik stellt Kapitalimportneutralität deshalb den Ausgangspunkt dar. Doppelbesteuerungsabkommen mit Deutschland zeichnen sich durch relativ viele *switchover*- und *subject-to-tax*-Klauseln aus, mit dem Inhalt, dass in unerwünschten Konstellationen (doch) eine Verrechnung vorgenommen wird. Daneben gibt es in Deutschland bereits seit 1972 CFC-Gesetzgebung, was im Kern das Anstreben von Kapitalexporthneutralität bedeutet.

Während in den Niederlanden lebhaft über die Frage diskutiert wird, ob das Schachtelprivileg (in inländischen Verhältnissen) auf dem *ne-bis-in-idem*-Prinzip oder dem „Erweiterungsgedanken“ (*verlengstukgedachte*) fußt, gibt es diese Diskussion in Deutschland nicht. In Deutschland wird vielmehr diskutiert, ob Doppelbesteuerung mittels Gewährung einer Freistellung oder mittels Anrechnung zu vermeiden ist. Das Schachtelprivileg, wie es in § 8b KStG festgelegt ist, scheint auf

¹⁶¹⁵ Zu dt. „Rechtsmissbrauch“.

¹⁶¹⁶ Beispielsweise Stevens plädiert dafür. Siehe S.A. Stevens, *De toekomst van de renteaftrek in de vennootschapsbelasting*, TFO 2017/150.4.

dem *ne-bis-in-idem*-Gedanken zu fußen.¹⁶¹⁷ Bis 2013 gab es in Deutschland keine Voraussetzungen, die im Zusammenhang mit der Anwendung des Schachtelprivilegs an die Tochter- oder die Muttergesellschaft gestellt wurden. In den Niederlanden sind die Voraussetzungen hauptsächlich auf den Unterschied zurückzuführen, den der Gesetzgeber zwischen unternehmerischer und vermögensverwaltender Tätigkeit machen wollte und damit zusammenhängend die Wechselwirkung zwischen dem Schachtelprivileg und der steuerrechtlichen Handhabung von Beteiligungserträgen. Die Niederlande haben aus Gründen der Einfachheit ein (hartes) Mindestbeteiligungserfordernis von 5% gewählt. Ein wichtiger Unterschied ist meiner Ansicht nach, dass während sich in den Niederlande dafür entschieden worden ist, gesetzliche Bestimmungen in das Schachtelprivileg-System selbst aufzunehmen, um unerwünschter Anwendung des Schachtelprivilegs zu begegnen, sich in Deutschland dafür entschieden worden ist, dass Schachtelprivileg-System als solches unberührt zu lassen (bis 2013 keine Voraussetzungen). Für unerwünschte Konstellationen (im vorliegenden Falle Anwendung des Schachtelprivilegs) wird sich in Deutschland auf CFC-Gesetzgebung (und eine allgemeine Missbrauchsbekämpfungs-Vorschrift (§42 AO)) gestützt.

Meiner Ansicht nach wäre dieser deutsche Ansatz inspirierend und empfehlenswert für die Niederlande.¹⁶¹⁸ Der niederländische Gesetzgeber sollte meiner Ansicht nach die Voraussetzungen im Zusammenhang mit der Anwendung des Schachtelprivilegs (Mindestbeteiligungserfordernis, *non-voorraadeis*¹⁶¹⁹, nicht-qualifizierende Beteiligung, die als Kapitalanlage gehalten wird) aufheben.¹⁶²⁰ Damit wählt der Gesetzgeber eine eindeutige Rechtsgrundlage (*ne-bis-in-idem*) und wird die gesetzliche Ausgestaltung besser an den Sinn und Zweck anschließen (das steuer-politische Kriterium aus meinem Prüfungskatalog).

Dass bis heute eine klare Grundlage für das niederländische Schachtelprivileg fehlt, führt meiner Ansicht nach dazu, dass bei der Beurteilung der praktischen Auswirkung der Regelung Undeutlichkeit bestehen kann.¹⁶²¹ So kann es dann einen Unterschied machen, ob das *ne-bis-in-idem*-Prinzip oder der Erweiterungsgedanke dem Schachtelprivileg zu Grunde liegt, wenn die Reichweite der Voraussetzungen im Zusammenhang mit der Anwendung des Schachtelprivilegs (durch die Rechtsprechung) zu bestimmen ist. Mit anderen Worten: Das nicht konsequente Anwenden und Benennen eines eindeutigen Rechtfertigungsgrunds des Schachtelprivilegs führt zu einer nicht zielführenden Regelung. Grundsätzlich das *ne-bis-in-idem*-Prinzip anzuwenden, würde beispielsweise bedeuten, dass im Zusammenhang mit der Anwendung des Schachtelprivilegs was das Mindestbeteiligungserfordernis anbelangt, oder mit Blick auf eine vermögensverwaltend tätige oder nicht vermögensverwaltend tätige Beteiligung, keine näheren Voraussetzungen aufgestellt werden dürften. Außerdem stimmt die Auswirkung des niederländischen Mindestbeteiligungserfordernisses nicht mit der ursprünglichen Absicht überein. Das Halten von Beteiligungsquoten von mehr als 5% wird im Hinblick auf vergleichbares Halten von Beteiligungen in Immobilien oder Schuldverschreibungen noch immer ungleich behandelt, und dasselbe gilt für Beteiligungsquoten von weniger als 5%, die nicht als Kapitalanlage gehalten werden.¹⁶²² Ich stimme mit Van der Geld überein, dass es - da es keinen überzeugenden Rechtfertigungsgrund für die Körperschaftsteuer gibt - erst

¹⁶¹⁷ In gleichem Sinne W.Kessler/M.-L. Dietrich, Wann ist eine Beteiligung eine Schachtelbeteiligung, DStR 2012,2101.

¹⁶¹⁸ In gleichem Sinne Snel, der dafür plädiert, dass kein Mindestbeteiligungserfordernis, keine spezifische Rechtsform oder keine Mindestbeteiligungsdauer gelten sollten. Daneben ist er der Meinung, dass die Niederlande Art. 13a Wet VPB 1969 aufheben und eine echte CFC-Regelung einführen müssen, eine Regelung, die nicht innerhalb der Schachtelprivileg-Regelung gilt, sondern die unabhängig davon anwendbar ist. F.P.J. Snel, De Europese anti-belastingontwikingsrichtlijn en deelnemingsvrijstelling, NTFR 2016/1895.

¹⁶¹⁹ Erfordernis, Beteiligungen nicht im Umlaufvermögen zu haben.

¹⁶²⁰ Ich lasse die Unsicherheit, ob Holdings- oder Finanzierungsgesellschaften in Deutschland das Schachtelprivileg anwenden können oder nicht (§ 8b Abs. 7 S. 2 KStG) an dieser Stelle außer Acht.

¹⁶²¹ In gleichem Sinne J.A.G. van der Geld, De deelnemingsvrijstelling, FM nr. 20, Kluwer, 3e druk 2011, S. 65.

¹⁶²² Vgl. auch F.P.J. Snel, Van moeders en dochters, systemen ter voorkoming van cumulatie van vennootschapstax in deelnemingssituaties, SDU Amersfoort, 2005, S. 59 en J.A.G. van der Geld, Evolutie en toekomstperspectief van de deelnemingsvrijstelling, WFR 1994/987.

recht keinen Rechtfertigungsgrund für eine mehrfache Erhebung von Körperschaftsteuer gibt.¹⁶²³ Mit anderen Worten: Es wird meiner Ansicht nach auch das steuer-rechtliche Kriterium aus meinem Prüfungskatalog besser erfüllt.

Missbrauchskonstellationen, oder die unerwünschte Anwendung des Schachtelprivilegs können durch Anwendung von *fraus legis* und/oder der Einführung von CFC-Gesetzgebung in den Niederlanden bekämpft werden.¹⁶²⁴ Obwohl die Systematik bei CFC-Regelwerk eine andere ist als die niederländische Regelung für nicht-qualifizierende Beteiligungen, die als Kapitalanlage gehalten werden, zielen beide Regelungen meiner Ansicht nach darauf ab, zu verhindern, dass Vorteile aus beweglichem Kapital, das in Niedrigsteuerrändern untergebracht wird, steuerfrei an die Muttergesellschaft fließen können. Ich sehe ein, dass CFC-Gesetzgebung viel weiter geht als die heutigen Voraussetzungen im Zusammenhang mit der Anwendung des Schachtelprivilegs, da CFC-Gesetzgebung an eine Fiktion anschließt. Nicht die tatsächlich ausgeschütteten oder realisierten Vorteile aus der Tochtergesellschaft fallen unter das Schachtelprivileg, sondern es wird fiktiv angenommen, dass die Tochtergesellschaft ihren Gewinn ausgeschüttet hat. Daneben findet CFC-Gesetzgebung durchgängig in Ländern Anwendung, in denen ein Anrechnungssystem (Kapitalexportneutralität) gilt. Die Niederlande sind jedoch ohnehin gehalten, spätestens zum 01. Januar 2019 CFC-Regelwerk in nationale Gesetzgebung umzusetzen. Der (niederländische) Finanzminister gibt an, dass er die CFC-Gesetzgebung so umsetzen will, dass Modell A (bestimmte Kategorien-Vorteile) Anwendung findet auf Körperschaften oder Betriebsstätten in Ländern mit einem niedrigen Steuersatz oder Länder, die auf die EU-Liste nicht kooperativer Länder gesetzt worden sind und keine „wesentliche ökonomische Aktivität“ vorliegt.¹⁶²⁵ In den übrigen Fällen müsste dann Modell B (Anwendung des *at arm's length*-Prinzips) Anwendung finden. Aus Kapitel 8.3.3.3.1, worin ich die heutige deutsche CFC-Gesetzgebung mit den vorgeschriebenen Regeln der Richtlinie zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken verglichen habe, geht meiner Ansicht nach hervor, dass Deutschland keine für die Niederlande empfehlenswerten CFC-Regeln hat. Aus der deutschen Wissenschaft und Praxis kommt vielmehr der Ruf, die veralteten CFC-Regeln zu vereinfachen und zu reformieren.¹⁶²⁶

Kurzum, das Schachtelprivileg-System als solches wird ohne nähere Voraussetzungen einfacher werden und im Prinzip noch umfassender anwendbar sein. Meiner Ansicht nach wird auf diese Weise also auch mehr dem steuer-gesetzestechnischen Kriterium (einfachere Gesetzgebung) nachgekommen. Selbstverständlich wird bei der Ausgestaltung der CFC-Gesetzgebung aber sorgfältig auf die Ausgestaltung der gesetzlichen Regeln zu achten sein, um diesen Aspekt nicht zunichte zu machen.¹⁶²⁷

Schließlich entspricht meiner Ansicht nach die Kombination – „keine Voraussetzungen im Zusammenhang mit der Anwendung des Schachtelprivilegs und bei Missbrauchskonstellationen auf CFC-Gesetzgebung zurückfallen“ auch dem Kriterium internationale/europäische Steuerrechtsentwicklungen aus meinem Prüfungskatalog. Die Ausgestaltung des Schachtelprivilegs

¹⁶²³ J.A.G. van der Geld, de deelnemingsvrijstelling, FM nr. 20, Kluwer, 3e druk 2011, S. 78.

¹⁶²⁴ Bei der Auslegung des in Artikel 7 und 8 der Richtlinie zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken gehandhabten Regelwerks könnten die heutigen Voraussetzungen im Zusammenhang mit der Anwendung des Schachtelprivilegs, oder Art. 13a Wet VPB 1969 als Inspiration für CFC-Gesetzgebung dienen. Im Schachtelprivileg-System müsste dann lediglich die Bestimmung aufgenommen werden, dass das Schachtelprivileg auf eine CFC-Beteiligung nicht anwendbar ist. Vgl. auch F.P.J. Snel, De Europese anti-belastingontwijkingsrichtlijn en deelnemingsvrijstelling, NTFR 2016/1895.

¹⁶²⁵ Brief des Finanzministers, 23. Februari 2018, Aanpak belastingontwijking en ontduiking, kenmerk 2018-0000026987, V-N 2018/14.2.

¹⁶²⁶ Siehe beispielsweise Tax & Law Special, Nach der Wahl, Steuerpolitik für den Standort Deutschland. Ein Positionspaper des Wissenschaftlichen Beirats Steuern von EY für die neue Legislaturperiode ab 2017, September 2017 unter dem Kapitel "Wettbewerbskraft in Gefahr".

¹⁶²⁷ Wegen des Umfangs meiner Arbeit gehe ich nicht konkret darauf ein, wie das CFC-Regelwerk wird aussehen müssen. Dazu verweise ich beispielsweise auf NOB, Commissie Wetsvoorstellen, 21 augustus 2017, Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB op de internetconsultatie implementatie ATAD1.

im GKB-Entwurf von 2016 schließt in weiten Teilen an die Bestimmungen aus der Mutter-Tochter-Richtlinie an.¹⁶²⁸ Veräußerungsgewinne und Dividenden aus Beteiligungen sind freigestellt, falls der Steuerpflichtige über zwölf Monate vor der Veräußerung oder Dividendenausschüttung mindestens eine Beteiligung von 10% gehalten hat (Art. 8 Buchst. c und d GKB-Entwurf 2016). Auffällig ist, dass der GKKB-Entwurf aus 2011 keine Voraussetzungen bezüglich Beteiligungsumfang oder Beteiligungsdauer enthielt. Erwähnenswert ist noch, dass der GKB-Entwurf einen *switch-over*-Mechanismus enthält, mit dem Inhalt, dass in bestimmten Fällen zur Vermeidung von Doppelbesteuerung von der Freistellungsmethode zur Anrechnungsmethode gewechselt werden kann. Diese *switch-over*-Bestimmung ist aber in der endgültigen Fassung der Richtlinie zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken gestrichen worden, da mehrere Mitgliedstaaten keine Befürworter davon waren. Die Abschaffung der heutigen Voraussetzungen im Zusammenhang mit der Anwendung des Schachtelprivilegs und die Einführung der - durch die EU verpflichtend vorgeschrieben - CFC-Gesetzgebung würde meiner Ansicht nach im internationalen Vergleich nicht aus der Reihe fallen und dem steuerlichen Geschäftsklima in den Niederlanden dienen. Das Schachtelprivileg-System als solches wird immerhin umfassender.

Ich finde es auffällig, dass das Regierungskabinett eine Untersuchung (im Laufe des Jahres 2020) darüber angekündigt hat, ob das Schachtelprivileg als solches geändert werden kann, sodass es nicht mehr angewendet werden muss, falls sich die Anwesenheit eines Konzerns in den Niederlanden auf ein oder mehrere nahezu „substanzlose“ (Zwischen-)Gesellschafter beschränkt.¹⁶²⁹ Derartige nähere Voraussetzungen im Zusammenhang mit der Anwendung des Schachtelprivilegs aufzustellen passt meiner Ansicht nach nicht zum Sinn und Zweck des Schachtelprivilegs und auch nicht zu den von mir vorgeschlagenen Anpassungen.

Auffällig ist auch, dass in Deutschland seit 2013 ein 10%iges Mindestbeteiligungserfordernis für Dividenden gilt. Diese Änderung ist eingeführt worden, um auf diese Weise eine unionsrechtliche Diskriminierung zwischen inländischen und ausländischen Gesellschaftern, die die Quellensteuer verrechnen wollen, zu vermeiden. Wie erwähnt ist die Einführung des Mindestbeteiligungserfordernisses eine systematisch und prinzipiell verkehrte Entscheidung gewesen. Das Mindestbeteiligungserfordernis hat nichts zu tun mit dem Unterschied zwischen unternehmerischer und vermögensverwaltender Tätigkeit (wie es in den Niederlanden im Zusammenhang mit dem Mindestbeteiligungserfordernis der Fall ist), oder (Missbrauch im Zusammenhang mit) der *Körperschaftsteuer* im Allgemeinen, sondern mit der deutschen Dividendenbesteuerung.¹⁶³⁰ Angesichts des Sinn und Zwecks und der Historie des deutschen Schachtelprivilegs passt ein derartiges Mindestbeteiligungserfordernis nicht. Ausgehend vom Sinn und Zweck des Schachtelprivilegs in Deutschland (das Verhindern von ökonomischer Doppelbesteuerung) ist es meiner Ansicht nach konsistent, keine näheren Voraussetzungen im Zusammenhang mit der Anwendung des Schachtelprivilegs aufzustellen. Diese konstatierte Unstimmigkeit sorgt meiner Ansicht nach dafür, dass an dieser Stelle das steuer-gesetzestechnische Kriterium aus meinem Prüfungskatalog in geringerem Maße erfüllt wird (unter dieses Kriterium fällt nämlich unter anderem, dass die Rechtsbestimmung logisch und systematisch aufgebaut und konsistent sein muss).

¹⁶²⁸ Hinsichtlich einer Abhandlung über die Schachtelprivileg-Bestimmungen in der G(K)KB verweise ich auf I.M. de Groot, Concernbepalingen in de Common (Consolidated) Corporate Tax Base, WFR 2017/67.

¹⁶²⁹ Brief des Finanzministers, 23. Februar 2018, Aanpak belastingontwijking en ontduiking, kenmerk 2018-0000026987, V-N 2018/14.2.

¹⁶³⁰ Der Vollständigkeit halber merke ich an, dass sich dieses Problem (der ungleichen Behandlung) in den Niederlanden an dieser Stelle nicht ergibt. Auf Grund von Art. 4 Abs. 2 Wet DB 1965 findet die Freistellung vom Steuerabzug auf die Dividendenbesteuerung Anwendung, falls eine ausländische Muttergesellschaft eine Beteiligung an einer niederländischen Tochtergesellschaft hat, in welchem Zusammenhang das Schachtelprivileg anwendbar gewesen wäre, falls die Muttergesellschaft in den Niederlanden ansässig gewesen wäre. Im Übrigen plant die niederländische Regierung dem Koalitionsvertrag zufolge, die Dividendenbesteuerung abzuschaffen und - bei unzureichender Besteuerung im Wohnsitzstaat des Nutznießers - eine Quellensteuer auf Zinsen und Lizenzvergütungen einzuführen.

In den Niederlanden ist begrenzt gesetzlich festgelegt, was unter Vorteilen aus einer Beteiligung zu verstehen ist. Lediglich *earnout*-Vergütungen (vereinbarte Kaufpreisanpassungen), Anschaffungs- und Veräußerungskosten werden explizit genannt. In Deutschland dagegen wird was die Freistellung anbelangt explizit auf eine Bestimmung in der Einkommensteuer verwiesen, in der betreffende Einkünfte aufgezählt sind. Die praktische Auswirkung unterscheidet sich meiner Ansicht nach jedoch nicht viel voneinander. In Deutschland steht beispielsweise in § 20 Abs. 1 EStG „sonstige Bezüge“, wodurch ferner eine richterliche Auslegung nötig ist. Es fällt auf, dass beim niederländischen Schachtelprivileg im Prinzip eine Brutto-Freistellung den Ausgangspunkt darstellt, wenngleich für Anschaffungs- und Veräußerungskosten im Zusammenhang mit der Beteiligung eine Ausnahme gemacht wird (diese Betriebsausgaben sind nicht abzugsfähig). In Deutschland stellt seit jeher eine Netto-Freistellung den Ausgangspunkt dar, die 2004 gesetzlich in einen fiktiv nicht abzugsfähigen Betriebsausgabenprozentsatz von 5 abgeändert worden ist. Mit der Tochtergesellschaft in Deutschland zusammenhängende Anschaffungskosten erhöhen den Anschaffungspreis der Beteiligung. Genauso wie Veräußerungskosten werden diese Betriebsausgaben in die Berechnung des 95%igen Schachtelprivilegs mit einbezogen. Anders als die Niederlande hat Deutschland also seit 2004 eine tatsächliche Freistellung von 95%. Die Niederlande hätten anlässlich des *Bosal*-Urteils und der dadurch entstandenen sogenannten *Bosal*-Lücke auch eine derartige Fiktion wählen können, taten dies aber nicht. Die Niederlande wählten eine Korrektur außerhalb des Schachtelprivilegs in der Form einer *thincap*-Regelung (Art. 10d Wet VPB 1969 a.F.) und der Holdings- und Finanzierungsverlustbeschränkung (Art. 20 Abs. 4-6 Wet VPB 1969). Die Frage könnte auch aufkommen, ob es empfehlenswert ist, in den Niederlanden ein 95%iges Schachtelprivileg anzuwenden (wie Deutschland es tut), um so die *Bosal*-Lücke (teilweise) zu schließen. Eine derartige Bestimmung im niederländischen Schachtelprivileg ist meiner Ansicht nach nicht empfehlenswert. Obwohl in der Mutter-Tochter-Richtlinie die Möglichkeit eingeräumt wird, eine derartige Pauschale in die Gesetzgebung aufzunehmen, entspricht es meiner Ansicht nach nicht dem Sinn und Zweck des Schachtelprivilegs. Das tatsächliche 95%ige Schachtelprivileg sorgt dafür, dass eine Doppelbesteuerung in Bezug auf 5% des freigestellten Objekts stattfindet, was im Hinblick auf den Sinn und Zweck des Schachtelprivilegs systematisch inkorrekt ist.¹⁶³¹ Je mehr Ebenen es in der Unternehmensgruppe gibt, desto mehr ist von einer Doppelbesteuerung zu reden. Meiner Ansicht nach wird dadurch gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip als Ausfluss des Gleichheitsprinzips verstoßen. Daneben passt eine derartige Beschränkung des Schachtelprivilegs aus historischer Sicht nicht in die niederländische Körperschaftsteuer. Diese historische Entwicklung zeichnet sich durch ein umfassendes Brutto-Schachtelprivileg aus, das als ein zentrales Instrument betrachtet wird, um das gute steuerliche Geschäftsklima in den Niederlande zu gewährleisten.¹⁶³² Kurzum, die Einführung eines 95%igen Schachtelprivilegs würde meiner Ansicht nach dazu führen, dass das steuer-politische und das steuer-rechtliche Kriterium meines Prüfungskatalogs schlechter erfüllt würden.

Die Niederlande haben im Gegensatz zu Deutschland eine Liquidationsverlustregelung. Angesichts des Sinn und Zwecks des Schachtelprivilegs (*ne-bis-in-idem*) stimme ich mich den Autoren überein, die der Meinung sind, dass eine Verlustregelung doch in das Schachtelprivileg-System passt.

12.8.2 Aufteilung der Einkünfte im Zuge eines Sphärenwechsels (*compartimentering*)

In den Niederlanden ist die Lehre von der Aufteilung der Einkünfte aus Beteiligungen im Zuge eines Sphärenwechsels im Hinblick auf das Schachtelprivileg durch eine richterliche Ausgestaltung und

¹⁶³¹ Vgl. auch R. Eckhoff, Steuergerechtigkeit als verfassungsrechtliches und als steuerpolitisches Argument, StW 3/2016, S. 224. Er weist darauf hin, dass § 8b KStG eine „systemwidrige Mindestbesteuerung“ beinhaltet, unter anderem da fiktiv 5% Betriebsausgaben berücksichtigt werden.

¹⁶³² Andererseits würde ein 95%iges Schachtelprivileg unser Land für sogenannte Zwischengesellschaften unattraktiv machen. Losgelöst von der Frage, ob man diese Zwischengesellschaften in den Niederlanden haben will oder nicht, würde meiner Ansicht nach von der Historie und dem Sinn und Zweck her ein 100%iges Schachtelprivileg kombiniert mit im Allgemeinen auf jede Körperschaft anzuwendenden Substanzerfordernissen eher auf der Hand liegen als ein 95%iges Schachtelprivileg, das dafür sorgen muss, dass die Zwischengesellschaften unserem Land fern bleiben.

Auslegung der Schachtelprivileg-Regeln entstanden. Aus BNB 2013/177 ging hervor, dass die Rechtsprechung dies lediglich in Bezug auf eine sog. *feitencompartimentering*¹⁶³³ vor Augen hatte und dass was eine sog. *regelcompartimentering*¹⁶³⁴ anbelangt der Gesetzgeber selbst für eine gesetzliche Regelung sorgen musste, falls er will, dass die Einkünfte im Zuge eines Sphärenwechsel aufzuteilen sind. Der Gesetzgeber reagierte, indem er sowohl die *feiten-* als auch die *regelcompartimentering* gesetzlich im Detail regelte. Anders als in den Niederlanden hat Deutschland keine gesetzlich festgelegte oder durch die Rechtsprechung ausgestaltete Lehre von der Aufteilung der Einkünfte aus Beteiligungen im Zusammenhang mit Sphärenwechseln im Schachtelprivileg. *Feitencompartimentering* trat in Deutschland angesichts fehlender näherer Voraussetzungen im Zusammenhang mit der Anwendung des Schachtelprivilegs viel seltener als in den Niederlanden zu Tage.¹⁶³⁵ In Deutschland hat es auch die nötigen Gesetzesänderungen in Bezug auf die Anwendung und die Reichweite des Schachtelprivilegs gegeben. Die jüngste Gesetzesänderung ist vom 28. Februar 2013, wonach ein Sphärenwechsel vorliegen kann, falls eine Beteiligung zunächst nicht und anschließend doch von Beginn des Kalenderjahrs an das Mindestbeteiligungserfordernis erfüllt. Entscheidend für die Anwendung des Schachtelprivilegs bei einer Dividendenausschüttung ist dann, ob zu Beginn des Kalenderjahrs das Beteiligungserfordernis von 10% erfüllt wird. Eine Aufteilung der Einkünfte wird nicht vorgenommen, mit anderen Worten wird nicht danach geschaut, in welcher Periode der Vorteil, woraus die Dividende ausgeschüttet wird, entstanden ist. Im Zusammenhang mit einem Sphärenwechsel in Folge einer Veränderung der Gegebenheiten (*feitencompartimentering*) wird der Aufteilungsgedanke durch den deutschen Gesetzgeber nicht umgesetzt. Im Zusammenhang mit einem Sphärenwechsel in Folge einer gesetzlichen Änderung (*regelcompartimentering*) hat der deutsche Gesetzgeber selbst für Übergangsregelungen gesorgt, wobei der Aufteilungsgedanke an einer Stelle umgesetzt (beispielsweise 2001 bei der Umgestaltung des Anrechnungsverfahrens in das Halbeinkünfteverfahren) und an einer anderen Stelle nicht umgesetzt (worden) ist (beispielsweise Einführung des Mindestbeteiligungserfordernisses). Bei erwähnter Reform in 2001 hat der Gesetzgeber den Aufteilungsgedanken ausführlich gesetzlich in einem Übergangsregelwerk festgelegt, das sich über 18 Jahre erstreckt (§§ 36-40 KStG). Meiner Ansicht nach gehört es zur Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, im Hinblick auf bestimmte Konstellationen, falls der Gesetzgeber der Ansicht ist, dass Inkrafttreten mit unmittelbarer Wirkung zu unerwünschten Folgen führt, ergänzende Übergangsregelungen oder Anwendung der *compartimentering* (Aufteilungsgedanke) in das Gesetz aufzunehmen.¹⁶³⁶ Falls der Gesetzgeber eine Art Übergangsrecht oder Bestandsschutz (beispielsweise Anwendung der *compartimentering*) anstrebt, dann stimme ich aber mit dem *Hoge Raad* überein, dass der Gesetzgeber dies dann auch selbst explizit gesetzlich regeln muss und nicht an die Rechtsprechung überlassen darf, wie der niederländische Gesetzgeber es getan hat.¹⁶³⁷ In diesem Sinne kann meiner Ansicht nach gesagt werden, dass an dieser Stelle das steuer-politische Kriterium aus meinem Prüfungskatalog in geringerem Maße erfüllt wird. Indem er (*regel*)*compartimentering* nicht gesetzlich geregelt hat, hat der niederländische Staat lange Zeit nicht die richtige Entscheidung getroffen. Was das anbelangt

¹⁶³³ Zu dt. „Aufteilung im Zuge eines Sphärenwechsels aufgrund veränderter Gegebenheiten“.

¹⁶³⁴ Zu dt. „Aufteilung im Zuge eines Sphärenwechsels aufgrund einer Gesetzesänderung“.

¹⁶³⁵ In einer ganz strikten Anwendung des Sinn und Zwecks des Schachtelprivilegs, also die Vermeidung von Doppelbesteuerung (*ne-bis-in-idem*-Gedanke) kommt eine *compartimentering* nicht vor. Eine strikte Anwendung des *ne-bis-in-idem*-Prinzips bedeutet meiner Ansicht, dass keine näheren Voraussetzungen im Zusammenhang mit der Anwendung des Schachtelprivilegs aufgestellt werden und dass folglich bei einer Veränderung der Tatsachen oder Umstände nicht von einem Sphärenwechsel die Rede sein kann. Eine strikte Anwendung bedeutet auch, dass im Laufe der Jahre keine Gesetzesänderungen stattfinden und folglich auch *regelcompartimentering* nicht vorkommt.

¹⁶³⁶ Vgl. M. Bravenboer, Onmiddellijke werking, WFR 2005/465, Abschnitt 6. Siehe auch Pauwels, der anmerkt, dass zum Handwerkszeug des Gesetzgebers unter anderem „(zeitlich begrenzter) Bestandsschutz, Maßnahmen zur schrittweisen Einführung, Maßnahmen zur schrittweisen Abschaffung, Maßnahmen zur Wahrung des Ist-Zustands, Wahlrecht, abmildernde Maßnahmen“ gehören. M.R.T. Pauwels, Terugwerkende kracht van belastingwetgeving, NTFRB 2010/13, Abschnitt 3.

¹⁶³⁷ Vgl. M.R.T. Pauwels, Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen 2009/13/01, SDU, Abschnitt 11.13.3.

hätte sich der niederländische Gesetzgeber ein Beispiel an der deutschen Übergangsregelung von 2001 im Zusammenhang mit der damaligen Reform nehmen können.

Die Entscheidung des niederländischen Gesetzgebers, bei Sphärenwechseln im Schachtelprivileg *compartimentering* anzuwenden, halte ich jedoch für richtig. Ich bin der Meinung, dass der Aufteilungsgedanke (im vorliegenden Falle im Zusammenhang mit dem Schachtelprivileg-System) dem Gleichheitsprinzip (Leistungsfähigkeitsprinzip) und dem Rechtssicherheitsprinzip nachkommt und damit das steuer-rechtliche Kriterium aus meinem Prüfungskatalog besser erfüllt wird. Das ändert aber nichts daran, dass ich Kritik hinsichtlich der Art und Weise habe, wie der Gesetzgeber die Lehre von der Aufteilung der Einkünfte aus Beteiligungen im Zuge eines Sphärenwechsels gesetzlich ausgestaltet hat. Meiner Ansicht nach sind in Bezug auf das *Wet compartimenteringsreserve*¹⁶³⁸ die nötigen steuer-rechtlichen und steuer-gesetzestechischen Punkte zu verbessern.

12.9 Fiscale eenheid (Organschaft)

In diesem Kapitel habe ich untersucht, wie das *fiscale eenheid*-System in der *vennootschapsbelasting* respektive die *Organschaft* in der *Körperschaftsteuer* aussieht und welche Unterschiede und Übereinstimmungen zwischen der Gruppenbesteuerung in beiden Ländern bestehen. Aus einer Analyse der Gesetzgebung, Gesetzesmaterialien, Rechtsprechung und Literatur geht meiner Ansicht nach hervor, dass es ganz allgemein in den Niederlanden besonders *einen* Diskussionsschwerpunkt gibt, nämlich die Tragbarkeit des *fiscale eenheid*-Systems im Lichte der europäischen Grundfreiheiten. Anlässlich der Entscheidungen *Groupe Steria* und *Finanzamt Linz* wird das niederländische *fiscale eenheid*-System möglicherweise (wieder) angepasst werden müssen. Gemessen an meinem Prüfungskatalog bedeutet das, dass meiner Ansicht nach womöglich das steuer-rechtliche Kriterium nicht erfüllt wird. *Eine* der denkbaren Möglichkeiten, die sowohl vom (niederländischen) Finanzminister als auch in der Literatur vorgeschlagen worden ist, sieht vor, die heutige *fiscale eenheid*-Regelung mit einer Art *group-relief*-Regelung zu ersetzen. Möglicherweise ist eine derartige Regelung auch einfacher und aus dieser Perspektive empfehlenswert, da die Regelung das steuer-gesetzestechische Kriterium aus meinem Prüfungskatalog besser erfüllt. Deutschland hat eine derartige *group-relief*-Regelung.

12.9.1 Das Organschaft-System, etwas für die Niederlande?

Im Gegensatz zur Entstehung des gesetzlichen *fiscale eenheid*-Systems in den Niederlanden 1940 ist in Deutschland die Gruppenbesteuerung durch richterliche Entscheidungen zu Beginn des 19. Jahrhunderts entstanden.¹⁶³⁹ Die anfängliche deutsche Überlegung hinter der Besteuerung einer Einheit, nämlich zu vermeiden, dass ein außerhalb Preußens gelegenes Unternehmen nicht besteuert werden konnte, weicht nicht wenig von der Organtheorie ab, die sich später in Deutschland entwickelt hat. Die Ausgangspunkte und der Sinn und Zweck rund um die Gruppenbesteuerung stimmen in sowohl den Niederlanden und als auch Deutschland meiner Ansicht nach seit den Anfängen des *fiscale eenheid*-Systems (40er Jahre des vorigen Jahrhunderts) in Grundzügen überein. Auf den Punkt gebracht geht es um das Bestreben, für die Besteuerung an die ökonomische Wirklichkeit anzuschließen (Einheit). Jedoch gibt es in sowohl Deutschland als auch den Niederlanden historisch wie auch im heutigen Recht nicht so etwas wie ein (geschlossenes) System der Gruppenbesteuerung. Es gibt verschiedene steuergesetzliche Regelungen, die auf Unternehmensgruppen Anwendung finden, sich aber was den Sinn und Zweck, die Voraussetzungen und die Auswirkung voneinander unterscheiden. In beiden Ländern gibt es eine Spannung zwischen der Besteuerung auf Konzernebene (ökonomischer Ausgangspunkt) und dem Grundsatz in der *vennootschapsbelasting* respektive *Körperschaftsteuer*, dass jede Körperschaft rechtlich gesehen selbstständig steuerpflichtig ist.

Historisch gesehen besteht der Kern des *fiscale eenheid*-Systems darin, dass die Körperschaftsteuer so erhoben wird, als ob die Tochtergesellschaft in der Muttergesellschaft aufgegangen ist. Die Niederlande folgen meiner Ansicht nach mit der Einheitstheorie (Aufgehen in-Gedanke) einer

¹⁶³⁸ Zu dt. „Aufteilungsrücklagegesetz“.

¹⁶³⁹ Siehe auch J. Hoogendoorn, Oorsprong en karakter van het instituut fiscale eenheid, MBB 1995/375, Abschnitt 2.

weitergehenden ökonomischen Herangehensweise als Deutschland sich hat leisten wollen. Dieser Einheitsgedanke ist in Deutschland zwar als Theorie vorgebracht worden, von der deutschen Rechtsprechung und dem Gesetzgeber aber niemals übernommen worden. An sich ist es schon eigenartig, dass das System wie es in den Niederlande gilt von den Deutschen 1940 ja anerkannt worden ist, aber vom deutschen Gesetzgeber selbst nicht umgesetzt wurde. Deutschland hat in dieser Hinsicht das Prinzip der subjektiven Steuerpflicht jeder einzelnen Körperschaft weniger aufgeben wollen als die Niederlande. Dies hängt meiner Ansicht nach zum Teil auch mit dem wesentlichen Unterschied zusammen, dass in Deutschland das Band zwischen der *Organschaft* und dem Zivilrechtlichen ein viel stärkeres ist. Eine *Organschaft* hat in Deutschland zivilrechtliche, handelsrechtliche und steuerrechtliche Konsequenzen,¹⁶⁴⁰ während in den Niederlanden die Bildung einer *fiscale eenheid* lediglich steuerrechtliche Konsequenzen hat. Die Organtheorie, wie sie sich in Deutschland entwickelt hat, hat in den Niederlanden keine große Bedeutung erlangt.¹⁶⁴¹

Das niederländische *fiscale eenheid*-System mag zwar nur steuerrechtliche Konsequenzen haben (und genauer nur für die Körperschaftsteuer), aber diese steuerrechtlichen Konsequenzen sind viel weitreichender als die steuerrechtlichen Konsequenzen in Deutschland. Der wichtigste steuerrechtliche Unterschied zwischen der niederländischen *fiscale eenheid* und der deutschen *Organschaft* sind die Konsequenzen des Aufgehen in-Gedankens, der in den Niederlanden gilt und in Deutschland nicht. Bei der *Organschaft* behalten der *Organträger* und die *Organgesellschaft* ihre Eigenständigkeit und es ist nicht von „Konsolidierung“ die Rede. Qua steuerrechtlicher und praktischer Auswirkung hat das zur Folge, dass in den Niederlanden innerhalb der *fiscale eenheid* interne Umstrukturierungen und *intercompany* Transaktionen möglich sind, ohne eine Besteuerung auszulösen. Dies hat auch zur Folge, dass die Gewinne beider Körperschaften in den Niederlanden nicht wie in Deutschland separat berechnet und anschließend zusammengerechnet werden, sondern dass der Gewinn berechnet wird, als ob lediglich eine Körperschaft vorliegt. In den Niederlanden hat dieser Aufgehen in-Gedanke eine so weitreichende steuerrechtliche Auswirkung zur Folge, dass etliche zusätzliche Bestimmungen geschaffen worden sind, um einen Verlust des Besteuerungsanspruchs des Fiskus zu vermeiden (die Zuzugs- und Wegzugsbesteuerung), die in Deutschland unbekannt sind. In Deutschland ist es nicht möglich, innerhalb der *Organschaft* intern umzustrukturieren, ohne eine Besteuerung auszulösen, aber mit Blick auf die Rechtsprechung und Literatur kann ich nicht erkennen, dass dies in Deutschland als großer Mangel oder große Streitfrage gesehen wird. Die Hauptkritik in Deutschland rund um die *Organschaft* betrifft die Pflicht, für die Bildung der *Organschaft* einen zivilrechtlichen Vertrag abschließen zu müssen, den *Gewinnabführungsvertrag*. Insbesondere die strikte tatsächliche Ausführung, an die sich ein Steuerpflichtiger im Zusammenhang mit einem *Gewinnabführungsvertrag* (bei Strafe des Verfalls des *Organschafts*-Systems) halten muss, führt zu viel Frustration in der Praxis. Die Niederlande haben keine derartige Voraussetzung.

Aufgrund der unterschiedlichen steuerrechtlichen Reichweite beider Systeme sind die Voraussetzungen im Zusammenhang mit der Anwendung des *fiscale eenheid*-Systems respektive der *Organschaft* auch wesentlich anders. Für die Bildung einer *fiscale eenheid* ist eine Beteiligung von 95% nötig und für die Bildung einer *Organschaft* eine Mehrheit der Stimmrechte. In beiden Ländern wird daraufhin im Prinzip das Gesamtergebnis der Tochtergesellschaft zu vollen 100% in die *fiscale eenheid* respektive *Organschaft* eingebracht. In den Niederlanden gibt es keine Korrektur mit Blick auf die möglichen 5%igen Minderheitsgesellschafter. In Deutschland werden die Minderheitsgesellschafter dagegen mittels der *Ausgleichszahlungen* berücksichtigt.

Auch die Rechtsformerfordernisse weichen in beiden Ländern voneinander ab. Ein wesentlicher Unterschied ist beispielsweise, dass in Deutschland auch Stiftungen, natürliche Personen mit einem Unternehmen oder dem EStG unterworfenen Personengesellschaften Teil der *Organschaft* ausmachen

¹⁶⁴⁰ Siehe Kapitel 9.3.3.1.1. Nachdem in Deutschland ein zivilrechtlicher Vertrag (*Gewinnabführungsvertrag*) abgeschlossen worden ist, werden die selbstständig steuerrechtlich berechneten Ergebnisse der *Organgesellschaft* sowohl zu handelsrechtlichen als auch zu steuerrechtlichen Zwecken dem *Organträger* zugerechnet.

¹⁶⁴¹ J. Verburg, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, Belastingconsulentendag'77, nr. 22, FED, 1977, S.11.

können.¹⁶⁴² Dies macht das *Organschafts*-System rechtsformneutraler als das niederländische *fiscale eenheid*-System. In dieser Hinsicht geht der Einheitsgedanke in Deutschland weiter als in den Niederlanden.

Sowohl im *fiscale eenheid*- als auch im *Organschafts*-System können Ergebnisse nicht grenzüberschreitend verrechnet werden und im Zusammenhang mit beiden Systemen kommen diverse Fragen auf, ob die heutigen Regeln dem Unionsrecht entsprechen. Am 22. Februar 2018 hat der EuGH explizit bestätigt, dass das niederländische *fiscale eenheid*-System gegen Unionsrecht verstößt und dass die "Per-Element-Herangehensweise" auch auf dieses System anwendbar ist.¹⁶⁴³ Das bedeutet, dass die Niederlande spezifische, individuelle Vorteile des *fiscale eenheid*-Systems nicht nur niederländischen Konzernen vorbehalten darf. Der Vorteil des Aufgehen-in-Gedankens muss in manchen Fällen auch auf eine niederländische Gesellschaft mit einer ausländischen Tochter angewandt werden. Mit Blick auf das Ergebnis von *Groupe Steria* scheint auch das *Organschafts*-System gegen Unionsrecht zu verstoßen. Wie in Frankreich können sich auch in Deutschland die Regeln so auswirken, dass von ausländischen Beteiligungen erhaltene Dividenden mit 5% besteuert werden, während von inländischen Beteiligungen erhaltene Dividenden - als Ergebnis des deutschen *Organschafts*-Systems - überhaupt nicht besteuert werden.¹⁶⁴⁴ Daneben werden in Bezug auf die deutsche *earnings stripping*-Maßnahme (Zinsschranke) *Organträger* und *Organgesellschaft* als ein Unternehmen betrachtet (§ 15 Nr. 3 KStG). Die entsprechende steuerliche Folge ist, dass die Anwendung einer Abzugsbeschränkung in inländischen Konstellationen durch das Eingehen einer Organschaft vermieden werden kann. Auch dieser Aspekt verstößt möglicherweise gegen das Ergebnis von *Groupe Steria*.¹⁶⁴⁵ In Deutschland gibt es daneben noch Zweifel, ob tatsächlich dem Ergebnis von *Papillon en SCA Group Holding* entsprochen wird. Daneben gibt es in beiden Ländern Zweifel, ob tatsächlich dem Ergebnis von Marks & Spencer II in dem Sinne entsprochen wird, dass ein definitiv nicht bei der Tochtergesellschaft verrechenbarer Verlust bei der Muttergesellschaft berücksichtigt müssen werden kann. In Deutschland ist in dieser Hinsicht nichts geregelt. Der niederländische Finanzminister verweist auf die Liquidationsverlustregelung, aber meiner Ansicht nach ist es fraglich, ob die heutige Liquidationsverlustregelung im Lichte von Marks & Spencer II ausreichend ist.

Während dem Bestehen der *Organschaft* gilt das Ergebnis der *Organgesellschaft* formell als Einkünfte des *Organträgers*. Unter anderem durch die Wirkung des *Gewinnabführungsvertrags* hat Deutschland qua Verrechnung von vor-organschaftlichen und organschaftlichen Ergebnissen eine andere Systematik als die Niederlande. Der *Gewinnabführungsvertrag* hat zur Folge, dass der *Organträger* die Ergebnisse der *Organgesellschaft* während des Bestehens der *Organschaft* in ökonomischer Hinsicht trägt. Dies hat zur Folge, dass Verluste der *Organgesellschaft* innerhalb der *Organschaft*

¹⁶⁴² In grenzüberschreitenden Konstellationen hat dies (in der Vergangenheit) zu einigen Probleme geführt. So beschloss der *Hoge Raad* 1999 (HR 9 juli 1999, nr. 33812, BNB 1999/390), dass eine als *Organträger* eingestufte KG als transparent zu betrachten war, wodurch der Verlust der als *Organgesellschaft* eingestuften GmbH in den Niederlanden als Betriebsstätten-Verlust zu berücksichtigen war. Stevens weist noch darauf hin, dass in der Vergangenheit durch das Eingehen einer *Organschaft* mit der KG als *Organträger* zwei Mal Zinsabzug erzeugt werden konnte (A.J.A. Stevens, Enige internationaalrechtelijke fiscale aspecten van personenvennootschappen, TFO 2015/140.2, Fn. 64).

¹⁶⁴³ EuGH-Urteil v 22. Februar 2018, Nr. C-398/16 und C-399/16, V-N 2018/11.14.

¹⁶⁴⁴ Siehe unter anderem Krumm in Blümich/Krumm, KStG §14 Rn. 215-217 und A. Schnitger, Keine 5% nichtabzugsfähige Betriebsausgaben in Folge grenzüberschreitender Organschaft - Auswirkungen der Entscheidung des EuGH in der Rs. *Groupe Steria* für den deutschen Rechtskreis, IStR 2015, S. 772.

¹⁶⁴⁵ In gleichem Sinne Kosalla, Diskriminierung im Finanzbereich - Europarechtswidrige Flucht in die Organschaftsregelungen, Ubg 2011, 874; Kessler/Arnold, National begrenzte Organschaft, IStR 2016, S. 226. Schnitger meint, dass dieser Aspekt nicht gegen Unionsrecht verstößt. A. Schnitger, Keine 5% nichtabzugsfähige Betriebsausgaben in Folge grenzüberschreitender Organschaft-Auswirkungen der Entscheidung des EuGH in der Rs. *Groupe Steria* für den deutschen Rechtskreis, IStR 2015, S. 772; J. Hey, Perspektiven der Unternehmensbesteuerung, Gewerbesteuer - Gruppenbesteuerung - Verlustverrechnung - Gewinnermittlung, StuW 2/2011, S. 138 und W. Kessler/C.Spengel, Checkliste potenziell EU-rechtswidriger Normen des deutschen direkten Steuerrechts, DB, Beilage 01 zu Heft Nr. 05, 03. Februar 2017, S. 29.

nicht mit vor-organschaftlichen und organschaftlichen Verlusten der *Organgesellschaft* verrechnet werden können. Der *Organträger* hat aber die Möglichkeit, die Ergebnisse aus der Zeit vor und nach der *Organschaft* mit den Ergebnissen aus der Zeit während der *Organschaft* zu verrechnen.

Summa summarum komme ich zu der Schlussfolgerung, dass es nicht empfehlenswert ist, dass *fiscale eenheid*-System mit dem deutschen *Organschafts*-System als Ganzem zu ersetzen.¹⁶⁴⁶ Das *Organschafts*-System erfüllt das steuer-rechtliche Kriterium nicht besser, da damit zusammenhängend genauso viele oder gar noch mehr unionsrechtliche Bedenken bestehen. Neben dem (oben) bereits angedeuteten möglichen Verstoß gegen *Groupe Steria* und *Papillon / SCA Group Holding* wird in Deutschland die Pflicht, einen *Gewinnabführungsvertrag* abschließen zu müssen, zunehmend als ein Mittel gesehen, die nationalrechtliche Auswirkung der *Organschaft* (und die deutschen Staatskasse) zu schützen. In diesem Zusammenhang kommt zunehmend die Frage auf, ob die Pflicht, diesen Vertrag abschließen zu müssen, wirklich mit dem Unionsrecht übereinstimmt.¹⁶⁴⁷ Die Einführung des *Organschafts*-Systems als Lösung für den dargestellten heutigen relevanten Diskussions(schwer)punkt rund um das *fiscale eenheid*-System wäre also nicht sinnvoll. Mit anderen Worten: Das Einbauen eines *Organschafts*-Systems in den Niederlanden würde aus unionsrechtlichem Blickwinkel keinen einzigen Mehrwert bieten.¹⁶⁴⁸

Das *Organschafts*-System als Ganzes erfüllt meiner Ansicht nach auch nicht das steuer-politische Kriterium besser. Das niederländische *fiscale eenheid*-System folgt meiner Ansicht nach durch den Aufgehen in-Gedanken einer weitergehenden ökonomischen Herangehensweise als es in Deutschland der Fall ist und entspricht dadurch besser dem Bestreben (Sinn und Zweck), an die ökonomische Wirklichkeit anzuschließen. An einer Stelle folgt das deutsche System jedoch meiner Ansicht nach einer weitergehenden ökonomischen Herangehensweise als die Niederlande, nämlich hinsichtlich der Möglichkeit für einen jeden (sowohl natürliche Personen als auch juristische Personen, darunter auch Stiftungen und Vereine), als *Organträger* aufzutreten. Ein System, in dessen Zusammenhang es möglich ist, dass sämtliche eine ökonomische Einheit formende Personen oder Körperschaften als ein Ganzes besteuert werden, ist meiner Ansicht nach prinzipiell richtig, wenn die ökonomische Wirklichkeit den Ausgangspunkt darstellt. Die in Deutschland an dieser Stelle geltende Rechtsformneutralität könnte für die Niederlande wohl eine Inspiration sein, da dies besser im Hinblick auf sowohl das steuer-rechtliche als auch das steuer-politische Kriterium abschneidet. Konkret bedeutet das meiner Ansicht nach, dass jede Körperschaft, die körperschaftsteuerpflichtig ist (also auch eine offene CV, oder eine Stiftung oder ein Verein, sofern ein Unternehmen betrieben wird) in eine *fiscale eenheid* aufgenommen werden kann. Die Aufnahme von Personengesellschaften wäre in den Niederlanden aufgrund des in den Niederlanden (und Deutschland nicht) geltenden Aufgehen in-Gedankens schwieriger ausführbar.

Ich bin der Meinung, dass dies nicht im Hinblick auf die Pflicht gilt, für die Bildung einer *fiscale eenheid* einen zivilrechtlichen Vertrag (wie den *Gewinnabführungsvertrag*) abschließen zu müssen. Dieser Aspekt ist und wird in Deutschland aus meiner Meinung nach nachvollziehbaren Gründen heftig kritisiert (worden). Die Einführung davon würde dazu führen, dass insbesondere das steuer-politische Kriterium aus meinem Prüfungskatalog in geringerem Maße erfüllt würde (meiner Ansicht nach eine überproportionale Bürde für den Steuerpflichtigen und die Regelung ist in praktischer Hinsicht schwierig durchführbar).

Auch wenn die Pläne der Europäischen Kommission hinsichtlich der Einführung eines GKKB-Systems in Betracht gezogen werden, ist es meiner Ansicht nach nicht empfehlenswert, aus diesem

¹⁶⁴⁶ Unter anderem aus Kapitel 9.3.1 geht hervor, dass die Diskussion rund um die Erneuerung der Lehre von der *Organschaft* in Deutschland in den letzten Jahrzehnten zugenommen hat. Bezeichnend finde ich die Bemerkung von Montag, der sagt, dass das *Organschafts*recht punktuell massiv verschärft wurde, ohne das konzeptionell Fortschritte zu erkennen waren. Montag in Tipke/Lang, Steuerrecht Tipke/Lang22, Steuerrecht, §14, Rz. 28.

¹⁶⁴⁷ Vgl. U. Prinz/S.Witt, Steuerliche Organschaft, Otto Schmidt Verlag, 2015, Rn. 1.50.

¹⁶⁴⁸ Siehe diesbezüglich auch Desens in Hermann/Heuer/Raupach, Einf. KSt, Anm.157, der von einer „mangelnden Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht“ spricht.

Blickwinkel (dem Kriterium internationale/europäische Steuerrechtsentwicklungen aus meinem Prüfungskatalog) das *Organschafts*-Konzept zu übernehmen. Im Gegenteil, es fällt mir auf, dass der GKKB-Entwurf mehr Ähnlichkeiten mit unserem *fiscale eenheid*-System aufweist als mit der deutschen *Organschaft*.¹⁶⁴⁹ Die Idee, steuerrechtliche Ergebnisse zu konsolidieren, findet sich mehr bei der *fiscale eenheid* als bei der *Organschaft* und resultierend daraus wäre es aus deutscher Sicht auch neu, dass via einer Steuergruppe *intercompany* Transaktionen und interne Umstrukturierungen steuerrechtlich neutral verlaufen können. Außerdem würde die Einführung einer GKKB in Deutschland wegen der zivilrechtlichen Konsequenzen, die in Deutschland (und nicht bei der GKKB) an die steuerrechtliche Figur der *Organschaft* geknüpft werden, eine viel größere Auswirkung haben.

Wie sollte das *fiscale eenheid*-System also zukünftig aussehen? Durch das Urteil des EuGH bezüglich der Per-Element-Herangehensweise ist deutlich geworden, dass das niederländische *fiscale eenheid*-System in der Zukunft geändert werden wird. Angesichts des Zwecks und Inhalts der *fiscale eenheid* bin ich ein Befürworter, das gegenwärtige *fiscale eenheid*-System (mit dem Aufgehen in-Gedanken) so weit wie möglich beizubehalten. Meiner Ansicht nach könnte beispielsweise die *spoedreparatiewetgeving*¹⁶⁵⁰ in feste Gesetzgebung umgesetzt werden. Zwar bedeutet dies eine Einschränkung des gegenwärtigen *fiscale eenheid*-Systems, aber die entsprechende Auswirkung bleibt - so wie ich es sehe - für die allermeisten der bestehenden *fiscale eenheden* gering. Ich gehe nämlich davon aus, dass die bestehenden *fiscale eenheden* keine oder wenig Mühe mit der Anwendung der Art. 10a, 13 Abs. 9 bis 15 und 17, 13l sowie 20a Wet VPB 1969 haben, nun da der Aufgehen-in-Gedanke für diese Bestimmungen nicht mehr gilt.¹⁶⁵¹

Aus dem Brief vom 20. März 2018 geht hervor, dass das Regierungskabinett eine grenzüberschreitende *fiscale eenheid* (mit objektbezogener Freistellung) nicht als reelle Option erachtet. Der Finanzminister bemerkt, dass es auf der Hand liegt bei der Ausarbeitung einer zukunftsfähigen Alternative an bestehende Konzernregelungen in anderen Ländern anzuknüpfen (vgl. das Kriterium internationale/europäische Steuerrechtsentwicklungen aus meinem Prüfungskatalog). Nichtsdestotrotz bin ich der Meinung, dass die Einführung eines grenzüberschreitenden *fiscale eenheid*-Systems durchaus eine gute Alternative ist. Die Idee hinter dem *fiscale eenheid*-System hört nun mal nicht an den Landesgrenzen auf. Ein grenzüberschreitendes *fiscale eenheid*-System könnte sich an der von Smit vorgestellten begrenzten Variante orientieren, wobei nur für die Elemente, für die das Unionsrecht eine Per-Element-Herangehensweise vorschreibt, ein grenzüberschreitendes System zum Zuge kommt.¹⁶⁵² Ein grenzüberschreitendes *fiscale eenheid*-System könnte sich aber auch an dem von Kok und De Vries vorgestellten (unbegrenzten) System orientieren.¹⁶⁵³ In beiden Fällen bleibt nämlich der Aufgehen in-Gedanke erhalten. Was das anbelangt, würde eine grenzüberschreitende *fiscale eenheid* also besser das steuer-politische Kriterium erfüllen. Auch wird meiner Ansicht nach bei einer grenzüberschreitenden *fiscale eenheid* dem Kriterium internationale/europäische Steuerrechtsentwicklungen aus meinem Prüfungskatalog besser nachgekommen, da eine grenzüberschreitende *fiscale eenheid* zu der Idee einer G(K)KB passt und das steuerliche Geschäftsklima in den Niederlanden berücksichtigt wird. Selbstverständlich wären die unter anderem von Ruijschop¹⁶⁵⁴ angeführten politischen und ausführungstechnischen Probleme bei einer grenzüberschreitenden *fiscale eenheid* zu berücksichtigen. An dieser Stelle schneidet eine

¹⁶⁴⁹ Das impliziert meiner Ansicht nach übrigens nicht, dass bei einer möglichen Einführung einer GKKB die Auswirkung in den Niederlanden gering wäre, da eine Einführung bedeutet, dass Konsolidierung grenzüberschreitend durchgeführt werden kann.

¹⁶⁵⁰ Zu dt. „(Eilige) Gesetzgebung zur Schließung von Gesetzeslücken“.

¹⁶⁵¹ In gleichem Sinne der (niederländische) Finanzminister im Brief vom 20. Dezember 2017, kenmerk 2017-0000238835, S. 6 und der Kommentar von F. van Horzen, *Nederlandse weigering aftrek van rente in strijd met vrijheid van vestiging*, NTFR 2018/563.

¹⁶⁵² D.S. Smit, *Kwade Wolk boven het fiscale eenheidsregime: valt het tij nog te keren?* MBB 2018/1, Paragraph 5.

¹⁶⁵³ Q.W.J.C.H. Kok / R.J. de Vries, *Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, WFR 2018/37.

¹⁶⁵⁴ M.H.C. Ruijschop, *Brief Tweede Kamer invoering enkele spoedmaatregelen inzake de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, NTFR 2018/552.

grenzüberschreitende *fiscale eenheid* mit Blick auf das steuer-gesetzestechische Kriterium aus meinem Prüfungskatalog schlecht ab.

12.10 Verschmelzung und Spaltung

In diesem Kapitel habe ich untersucht, wie die Verschmelzungs- und Spaltungsbegünstigungen in Deutschland und den Niederlanden aussehen und welche Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen den Begünstigungen in beiden Ländern bestehen. Aus einer Analyse der niederländischen Gesetzgebung, Gesetzesmaterialien, Rechtsprechung und Literatur geht meiner Ansicht nach hervor, dass sich in den Niederlanden die Diskussion ganz allgemein um die folgenden Punkte dreht:

- Stimmt der niederländische Gesetzestext rund um Verschmelzungen und Spaltungen wirklich mit der Fusionsrichtlinie überein?
- Wird die Art und Weise, mit der der Besteuerungsanspruch gehandhabt wird, tatsächlich konsistent ausgeführt, genauer gesagt: Wie sieht die Ausgestaltung und Reichweite der steuerliche Rechtsstellung der übernehmenden Partei aus.
- Ist ein Umwandlungssteuergesetz nach deutscher Lesart etwas für die Niederlande?

In diesem Kapitel hat sich gezeigt, dass die (zivilrechtliche und) steuerrechtliche Struktur rund um Umwandlungsmöglichkeiten in den Niederlanden anders ausgestaltet ist als in Deutschland. Während in den Niederlanden die begleitenden steuerrechtlichen Regelungen in verschiedenen besonderen Gesetzen geregelt werden, hat Deutschland ein steuerrechtliches Umwandlungssteuergesetz (UmwStG).

Genauer gesagt habe ich in diesem Kapitel die begleitenden steuerrechtlichen Regelungen der Verschmelzung- und Spaltungsformen *aandelenfusie*, *bedrijfsfusie*, Verschmelzung und Spaltung in beiden Ländern miteinander verglichen. Dabei ist mir aufgefallen, dass anders als in Deutschland in den Niederlanden für jede Begünstigung eine Anfrage eingereicht werden kann, um vorab sicher zu gehen, dass die Verschmelzung oder Spaltung nicht als überwiegend die Vermeidung oder Verzögerung der Besteuerung bezweckend angesehen wird. Dies kommt der Rechtssicherheit zu Gute und in dieser Hinsicht erfüllen die Begünstigungen in den Niederlanden das steuer-rechtliche Kriterium aus meinem Prüfungskatalog besser als die Begünstigungen in Deutschland.

Die *aandelenfusie* ist vergleichbar mit dem *Anteilstausch*. Die *bedrijfsfusie* kann mit der Einbringung eines Unternehmens (*Betrieb*), eines selbstständigen Teils des Unternehmens (*Teilbetrieb*) oder einer Kommanditbeteiligung (*Mitunternehmeranteil*) in eine juristische Person gegen Gewährung von Anteilen verglichen werden.

Daneben sind meiner Ansicht nach die Handlungen bei einer *Ausgliederung* auch vergleichbar mit der *bedrijfsfusie*. *Ausgliederung* wird jedoch in Deutschland als eine Form der Abspaltung (Konzernspaltung) gesehen und jene ist an dieser Stelle auch zivilrechtlich geregelt. Bei einer *Ausgliederung* ist es möglich, dass in eine bestehende juristische Person gegen Ausgabe von Anteilen abgespalten wird. Was Verschmelzung und Spaltung anbelangt, stimmen die Varianten in den Niederlanden und Deutschland überein.

Meiner Ansicht nach fällt auf, dass in Deutschland nicht nur eine Verschmelzung und Spaltung zwischen juristischen Personen möglich ist, sondern auch zwischen Personengesellschaften und (Unternehmen von) natürlichen Personen und Kombinationen zwischen diesen Personen (*Rechtsträger*).

Die Entwicklung der Umwandlungsmöglichkeiten und der begleitenden steuerrechtlichen Regelungen unterscheidet sich aus historischer Sicht aufgrund der (oben) bereits erwähnten unterschiedlichen Struktur stark. Allerdings bildet nicht ganz überraschend die europäische Fusionsrichtlinie einen roten Faden durch die nationale Gesetzgebung in beiden Ländern. In Deutschland hat es übrigens bedeutend länger gedauert (Ende 2006 durch das SEStEG), bevor das UmwStG besser in Einklang mit der Fusionsrichtlinie gebracht wurde. Daneben finde ich es auffällig, dass in Deutschland im UmwStG vermerkt wird, dass die Fusionsrichtlinie in Bezug auf die in der Richtlinie genannten Umwandlungsformen uneingeschränkt Anwendung findet, sofern es das UmwStG nicht anders

bestimmt (§ 1 Abs. 5 UmwStG). Wenn ich es also richtig sehe, wird das UmwStG quasi über die Fusionsrichtlinie gestellt (was mir dem steuer-rechtlichen Kriterium aus meinem Prüfungskatalog nicht zu entsprechen scheint).

Der Gedanke hinter den Verschmelzungs- und Spaltungsbegünstigungen stimmt in Deutschland und den Niederlanden überein, nämlich das Bestreben, betriebswirtschaftlich wünschenswerte Restrukturierungen steuerrechtlich nicht (unnötig) zu behindern. Die steuerrechtliche Systematik ist in beiden Ländern in Grundzügen dieselbe.

12.10.1 Text der Richtlinie in Deutschland besser umgesetzt?

Die Verschmelzungs- und Spaltungsbegünstigungen in den Niederlanden und Deutschland müssen (den Zielen) der Fusionsrichtlinie entsprechen. Der niederländische Gesetzgeber hat nicht den wörtlichen Richtlinien-text übernommen, sondern hat jeweils einen etwas abweichenden Text formuliert. In der Konsequenz gibt es eine Diskussion über die Frage, ob die Niederlande die Bestimmungen der Richtlinie denn gut umsetzen. Beispielhaft habe ich den im niederländischen Gesetz verwendeten Begriff *onderneming*¹⁶⁵⁵ und den in der Fusionsrichtlinie verwendeten Begriff „tak van bedrijvigheid“¹⁶⁵⁶ erörtert, sowie die niederländische Ausgestaltung der Missbrauchs-bekämpfungs-Vorschrift.

In Deutschland gibt es hinsichtlich dieser beiden Beispiele ähnliche Diskussionen. Im Hinblick auf die Begriffe *Betrieb* und *Teilbetrieb* gibt es in Deutschland eine Diskussion über die Auslegung auf nationaler Ebene und daneben auch, inwiefern der Begriff mit dem Begriff „tak van bedrijvigheid“ aus der Fusionsrichtlinie übereinstimmt. Im Umwandlungssteuererlass steht zwar, dass der Begriff aus der europäischen Fusionsrichtlinie „tak van bedrijvigheid“ bei deutschen Umwandlungen richtungsweisend ist.¹⁶⁵⁷ Verwirrend ist aber, dass die Definition aus der Richtlinie selbst nicht (gesetzlich) in das UmwStG aufgenommen (worden) ist und dass im Umwandlungssteuererlass an bestimmten Stellen am alten, in der Rechtsprechung entwickelten (nationalrechtlichen) Begriff festgehalten wird. Kurz zusammenfassend kann meiner Ansicht nach gesagt werden, dass in Deutschland an dieser Stelle das steuer-rechtliche Kriterium aus meinem Prüfungskatalog nicht besser erfüllt wird; ich bin der Meinung, dass auch der deutsche Gesetzestext, genau wie der niederländische Gesetzestext, möglicherweise nicht mit dem Unionsrecht (im vorliegenden Falle der Fusionsrichtlinie) übereinstimmt.

Beide Länder halten übrigens auch für den Steuerpflichtigen eine - verglichen mit den Möglichkeiten aus der Fusionsrichtlinie - breitere Anwendung der Verschmelzungs- und Spaltungsbegünstigungen bereit. So gilt in den Niederlanden bei der Spaltungsbegünstigung nicht die Voraussetzung, dass ein *tak van bedrijvigheid* vorliegen muss. In Deutschland gilt diese Voraussetzung für die Spaltungsbegünstigung aber (sogar eine doppelte). In Deutschland wird dagegen per Fiktion unter *Teilbetrieb* auch eine Kommanditbeteiligung (*Mitunternehmeranteil*) und eine 100%ige Beteiligung in einer Kapitalgesellschaft verstanden. Diese Fiktion geht weiter, als die Fusionsrichtlinie vorschreibt. In den Niederlanden wird die Einbringung von Beteiligungen nicht als selbständiger Teil des Unternehmens gesehen.

In den Niederlanden gibt es eine Diskussion über die Ausgestaltung der Missbrauchs-bekämpfungs-Vorschriften im Lichte der Fusionsrichtlinie. Eine Diskussion, die es auch in Deutschland gibt. Im deutschen UmwStG ist keine auf die im UmwStG geregelten Umwandlungsformen allgemein anwendbare Missbrauchs-bekämpfungs-Vorschrift aufgenommen (worden) (vergleichbar mit der Steuervermeidungsklausel, wie wir das in den Niederlanden kennen und Art. 15 Fusionsrichtlinie). In Deutschland ist die allgemeine Missbrauchs-bekämpfungs-Vorschrift § 42 AO auch eventuell auf Missbrauch von Verschmelzungs- und Spaltungsbegünstigungen anwendbar.

¹⁶⁵⁵ Zu dt. „Unternehmen“ bzw. „Betrieb“ (RL).

¹⁶⁵⁶ Zu dt. „Geschäftszweig“ bzw. „Teilbetrieb“ (RL).

¹⁶⁵⁷ Siehe Umwandlungssteuererlass, Abschn. 15.02.

Daneben gelten im UmwStG besondere Missbrauchsbekämpfungs-Regeln, wodurch beispielsweise im Zusammenhang mit einer Veräußerung von Beteiligungen innerhalb einer bestimmten Anzahl von Jahren von einer Missbrauchsvermutung die Rede ist. Diese Regelungen besagen, dass bei einer Veräußerung der Beteiligungen innerhalb von sieben Jahren (*aandelenfusie*) oder fünf Jahren (*Ausgliederung*, Spaltung) die Begünstigung zurückgenommen wird, ohne dass der Steuerpflichtige eine Gegenbeweismöglichkeit hat. Es gibt viel Kritik und Undeutlichkeit im Hinblick auf diese besonderen Missbrauchsbekämpfungs-Vorschriften, darunter Fragezeichen bezüglich der unionsrechtlichen Tragbarkeit. Auch an dieser Stelle kann meiner Ansicht nach gesagt werden, dass das steuer-rechtliche Kriterium aus meinem Prüfungskatalog in geringerem Maße erfüllt wird; ich bin der Meinung, dass die Fristen zu lang sind, um im Lichte der Fusionsrichtlinie von Missbrauch zu sprechen.¹⁶⁵⁸ Umso mehr, da eine Gegenbeweisregelung für den Steuerpflichtigen fehlt. In diesem Zusammenhang kann auf die Urteile *Euro park Service*¹⁶⁵⁹ und *Egiom und Enka*¹⁶⁶⁰ verwiesen werden. Kurz zusammengefasst beschließt der EuGH, dass eine allgemeine rechtliche Vermutung nicht zulässig ist. Die rechtliche Vermutung muss sich spezifisch auf das Bekämpfen von Missbrauch richten. Die die rechtliche Vermutung auslösenden Gegebenheiten müssen eine konkrete Vermutung von Steuerhinterziehung oder -vermeidung hervorrufen. Dies bedeutet meiner Ansicht nach, dass für die Anwendung einer rechtlichen Vermutung auf Grund einer Veräußerung von Beteiligungen kein Platz zu sein scheint.¹⁶⁶¹ Außerdem finde ich es eigenartig, dass wenn schon Veräußerungsverbotsfristen gelten, das eine Mal scheinbar bei einer Veräußerung innerhalb von fünf Jahren von Missbrauch die Rede ist und ein anderes Mal bei einer Veräußerung innerhalb von sieben Jahren. Eine Erklärung dafür habe ich nicht gefunden. Meiner Ansicht nach ist das ein Punkt, von dem gesagt werden kann, dass in diesem Zusammenhang das steuer-gesetzesteknische Kriterium aus meinem Prüfungskatalog in geringerem Maße erfüllt wird; es liegt keine konsistente Gesetzgebung vor.

Zum Schluss weiß ich darauf hin, dass die Missbrauchsbekämpfungs-Vorschrift in der deutschen Verschmelzungs- und Spaltungsbegünstigung äußerst komplex ist (beispielsweise bezüglich der Berechnungen der *Einbringungsgewinne I und II*) und mit überproportionalen administrativen Lasten für den Steuerpflichtigen einhergeht.¹⁶⁶² Daneben werden im Umwandlungssteuererlass die Möglichkeiten in Bezug auf Verschmelzungs- und Spaltungsbegünstigungen von der Finanzverwaltung sehr eng ausgelegt, wodurch meiner Ansicht nach an diversen Stellen die Frage aufkommt, ob diese enge Auslegung tatsächlich der Fusionsrichtlinie entspricht und ganz grundsätzlich mit dem Sinn und Zweck der Umwandlungsbegünstigungen.

So wird beispielsweise keine Begünstigung für den Fall gewährt, dass die sich spaltende juristische Person noch keine fünf Jahre besteht, da diese noch nicht früher gegründet worden ist.¹⁶⁶³ Es wird schlicht und einfach das 5 Jahres-Erfordernis nicht erfüllt. Kurz zusammenfassend kann meiner Ansicht nach an dieser Stelle gesagt werden, dass (oben) genannte Punkte das steuer-politische Kriterium aus meinem Prüfungskatalog nicht oder in geringerem Maße erfüllen.

Summa summarum bin ich der Meinung, dass die deutsche Umsetzung der Fusionsrichtlinie im UmwStG und die Auslegung des Richtlinien texts in Deutschland keine empfehlenswerte Aspekte für die Niederlande enthalten.

12.10.2 Handhabung des Besteuerungsanspruchs; steuerliche Rechtsstellung (*fiscale indeplaatstreding*)

Bis 2006 galt in Deutschland die Grundregel, dass bei Verschmelzung und Spaltung die übertragenen Wirtschaftsgüter mit dem Buchwert auf der Bilanz auftauchten. Mit anderen Worten: Als Grundregel

¹⁶⁵⁸ In gleichem Sinne Watermeyer in Hermann/Heuer/Raupach, §8b KStG, Anm.175.

¹⁶⁵⁹ EuGH-Urteil v 08. März 2017, C-14/16 (*Euro park Service*), V-N 2017/17.12.

¹⁶⁶⁰ EuGH-Urteil v 07. September 2017, C-6/16 (*Egiom en Enka*), V-N 2017/44.19.

¹⁶⁶¹ In gleichem Sinne E. van den Brande-Boomsliuter, *Bewijsvermoedens in de Wet VPB 1969: de grenzen verder aangescherpt*, WFR 2018/60.

¹⁶⁶² In gleichem Sinne Montag in Tipke/Lang, *Steuerrecht* Tipke/Lang22, *Steuerrecht*, §14, Rz.71.

¹⁶⁶³ *Umwandlungssteuererlass*, Abschn. 15.38.

galt eine Übertragung des Besteuerungsanspruchs. Per Gesetzesänderung ist das verändert worden und seit 2006 gilt in den Niederlande und Deutschland dieselbe Grundregel. Sowohl in den Niederlanden als auch in Deutschland gilt im Zusammenhang mit Verschmelzungen und Spaltungen heute die Grundregel, dass die Wirtschaftsgüter mit dem Verkehrswert übergehen und dass im Grunde eine Besteuerung über den steuerlichen Wertzuwachs statt zu finden hat. Die Voraussetzungen, wonach noch keine Besteuerung statt zu finden hat, stimmen in Grundzügen miteinander überein (spätere Steuererhebung muss gesichert sein), weichen aber hinsichtlich der Ausgestaltung voneinander ab.

Ein wichtiger Unterschied ist meiner Ansicht nach, dass in Deutschland anders als in den Niederlanden nicht per se der Buchwert anzusetzen ist, sondern dass auch ein Zwischenwert möglich ist. Der Vorteil dessen ist meiner Ansicht nach, dass in Deutschland die übertragende Gesellschaft einen ihren noch zu verrechnenden Verlusten entsprechenden Wert wählen kann. An dieser Stelle muss aber daraufhin gewiesen werden, dass die *Mindestbesteuerung* dem insofern einen Strich durch die Rechnung machen kann, als dass möglicherweise nicht alle noch zu verrechnenden Verluste in einem Mal verrechnet werden können.¹⁶⁶⁴ Ein anderer Unterschied ist, dass in Deutschland eine Übertragung des Besteuerungsanspruchs nur auf Antrag möglich ist. In den Niederlanden hat ein Steuerpflichtiger automatisch Anspruch auf Übertragung, falls die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

In beiden Ländern wird der Besteuerungsanspruch so gehandhabt, dass davon ausgegangen wird, dass die übernehmende Partei / der Erwerber an die Stelle der übertragenden bzw. einbringenden Partei tritt. Die steuerliche Rechtsstellung wird meiner Ansicht nach in Deutschland wie auch in den Niederlanden jedoch auch nicht konsistent umgesetzt. Der Gesetzgeber scheint im UmwStG auch bestimmte Elemente als subjektgebunden auszuweisen, wodurch diese zurückbleiben oder auf Seiten der übertragenden Partei verloren gehen. Dies gilt in Deutschland beispielsweise in Bezug auf die laufenden und noch zu verrechnenden Verluste. In den Niederlanden ist die Grundregel ebenfalls, dass Verluste subjektgebunden sind und im Prinzip bei der übertragenden Partei zurückbleiben, von der Finanzverwaltung her ist für die Verschmelzung sowie die Aufspaltung jedoch geregelt, dass unter gewissen Voraussetzungen Verluste verrechnet werden können. Dazu werden die Gewinnaufteilungsmethode und dieselben Regeln wie bezüglich der Verrechnung von Verlusten der *fiscale eenheid* gehandhabt. In Deutschland gibt es keine Ausnahme und gehen die Verluste im Prinzip definitiv verloren.¹⁶⁶⁵ Ich finde es vor allem auffällig, dass vor der Gesetzesänderung 2006 in Deutschland die Verluste doch vollständig mit auf die übernehmende Partei / den Erwerber übergangen. Der Gesetzgeber stellt im Zusammenhang mit dieser Gesetzesänderung nicht so sehr auf das Argument ab, dass die Verluste subjektgebunden sind (und darum nicht mit übergehen), sondern verweist auf unerwünschte grenzüberschreitende Verrechnungsmöglichkeiten und unerwünschte Strukturen, die die Optimierung von Verlustverrechnung zum Ziel haben.¹⁶⁶⁶ Die gesetzliche Beschränkung, dass Verluste bei der übertragenden Partei zurückbleiben und die dazugehörige Argumentation des Gesetzgebers führten in der deutschen Literatur zu Kritik. Der zentrale Kritikpunkt ist, dass durch das Verloren gehen lassen der Verluste gegen das (betriebswirtschaftliche) Leistungsfähigkeitsprinzip verstoßen wird.¹⁶⁶⁷ Kurz zusammenfassend kann meiner Ansicht nach an dieser Stelle gesagt werden, dass (oben) genannter Punkt insbesondere die Frage betrifft, ob das steuer-gesetzestechnische Kriterium aus meinem Prüfungskatalog erfüllt

¹⁶⁶⁴ Es könnte angedacht werden, eine gewinnbringende Partei mit einer verlustbringenden Partei zu verschmelzen. Jedoch könnten dann die Verluste aufgrund der in Kapitel 6.3.3 erörterten *Mantelkaufregelung* verloren gehen, wonach Verluste verloren gehen können, falls ein Gesellschafterwechsel vorliegt.

¹⁶⁶⁵ Wie (oben) bereits erwähnt wird das in Deutschland teilweise dadurch aufgefangen, dass der Steuerpflichtige sich entscheiden kann, einen Zwischenwert anzusetzen.

¹⁶⁶⁶ BMF-Pressemitteilung Nr. 89/2006 v. 12. Juli 2006 en BT-DRs. 15/119, S. 45. Siehe auch Dötsch/Patt/Pung/Möhlenbrock, Umwandlungssteuerrecht, 7e Auflage, 2012, UmwStG §12, Rz.59-64.

¹⁶⁶⁷ Siehe unter anderem Maiterth/Müller, Abschaffung der Verlustübernahme bei Verschmelzung von Körperschaften - steuersystematisch geboten oder fiskalisch motiviert? DStR 2006, S.1861 und die in Fn. 12, 13 und 14 zitierte Literatur.

wird; ich bin der Meinung, dass der Begriff > steuerliche Rechtsstellung < sowohl vom niederländischen als auch vom deutschen Gesetzgeber nicht ausreichend deutlich formuliert (worden) ist und inkonsistent umgesetzt wird. Daneben kommt in Deutschland die Frage auf, ob tatsächlich das steuer-rechtliche Kriterium erfüllt wird, da Verluste der verschmelzenden oder sich spaltenden Partei definitiv verloren gehen können (Verstoß gegen die Idee des *totaalwinst*).

Summa summarum ist meiner Ansicht nach das Konzept der steuerlichen Rechtsstellung in Deutschland nicht wesentlich anders als in den Niederlanden und damit als Ganzes nicht empfehlenswert für die Niederlande.

Im niederländischen Gesetz eine Möglichkeit zu schaffen, einen Zwischenwert ansetzen zu können, halte ich jedoch für empfehlenswert. Die Einführung einer derartigen Rechtsbestimmung führt meiner Ansicht nach dazu, dass alle Kriterien aus meinem Prüfungskatalog besser erfüllt werden. Kann die übertragende Partei wählen, einen ihren noch zu verrechnenden Verlusten entsprechenden Wert anzusetzen, würde das der Idee des *totaalwinst* gerecht werden (steuer-rechtliches Kriterium) und wäre es sowohl für den Steuerpflichtigen als auch für den *Belastingdienst* einfacher.¹⁶⁶⁸ Der Steuerpflichtige kann sich dann verschmelzen oder spalten, wobei die bedingungslose Begünstigung Anwendung finden kann. Dies bedeutet weniger administrative Lasten für sowohl Steuerpflichtige als auch den *Belastingdienst*, da keine näheren Voraussetzungen aufgestellt werden müssen und durch den Steuerpflichtige keine Gewinnaufteilungsübungen vorzunehmen sind (und durch den *Belastingdienst* zu kontrollieren sind). Dies geht mit einer Verbesserung des steuer-politischen und steuer-gesetzestechischen Kriteriums aus meinem Prüfungskatalog einher. Obwohl eine derartige Möglichkeit für die Steuerpflichtigen wahrscheinlich negative budgetäre Effekte für die Staatskasse hätte, kommt der Staat im Grunde steuertechnisch nicht zu kurz. Die Möglichkeit, mit den Verlusten verrechnen zu können ist immerhin ein Ausfluss des *totaalwinst*-Prinzips. Die Einführung würde meiner Ansicht nach auch mit Blick auf internationale und europäische Steuerrechtsentwicklungen passen. Die Möglichkeit stößt sich auch nicht mit Bestimmungen aus dem GKB-Entwurf (da im GKB-Entwurf keine Vorschriften rund um Verschmelzung und Spaltung aufgenommen sind) und das steuerliche Geschäftsklima in den Niederlanden würde sich möglicherweise sogar verbessern.

12.10.3 Ein Umwandlungssteuergesetz, etwas für die Niederlande?

Ein auffälliger Unterschied zwischen den Niederlanden und Deutschland ist, dass in den Niederlanden die Verschmelzungs- und Spaltungsbegünstigungen in separaten Steuergesetzen geregelt sind und in Deutschland nicht. Die Niederlande gehen meiner Ansicht nach vom Steuersubjekt aus (Unternehmer, Gesellschafter mit wesentlicher Beteiligung, Gesellschafter (als juristische Person), verschmelzende oder sich spaltende juristische Personen) und regeln die steuerrechtlichen Konsequenzen einer Verschmelzung oder Spaltung für die Person in dem jeweiligen Abschnitt und Gesetz. In den Anwendungserlassen über *bedrijfsfusie*, Verschmelzung, Abspaltung und Aufspaltung stellt jedoch die Umwandlungsform den Ausgangspunkt dar und sind die steuerrechtlichen Konsequenzen für die verschmelzenden oder sich spaltenden juristische Personen gebündelt aufgelistet.

In Deutschland hat der Gesetzgeber sich dazu entschieden, alle Umwandlungsformen zusammenzuziehen. Auffällig ist, dass in Deutschland viel mehr Verschmelzungs- und Spaltungsformen denkbar sind. Nicht nur Verschmelzungen und Spaltungen zwischen juristischen Personen sind zivilrechtlich und steuerrechtlich geregelt, sondern auch die zwischen Personengesellschaften, (Unternehmen von) natürlichen Personen und Kombinationen. Derartig rechtsformneutrale begleitende steuerrechtliche Regelungen im Zusammenhang mit Verschmelzung und Spaltung sorgen meiner Ansicht nach dafür, dass das steuer-rechtliche Kriterium aus meinem Prüfungskatalog besser erfüllt wird. Auch entspricht eine derartige Regelung (besser) dem Sinn und Zweck der Verschmelzungs- und Spaltungsformen. Das Kernanliegen ist nämlich, dass betriebswirtschaftlich wünschenswerte Restrukturierungen (ungeachtet der Rechtsform) steuerrechtlich nicht behindert werden sollten (vgl. das steuer-politische Kriterium aus meinem

¹⁶⁶⁸ Im Übrigen müssen aber Regeln aufgestellt werden, in welcher Reihenfolge Aktiva und Passiva bewertet werden. Das macht das Ganze wieder weniger einfach.

Prüfungskatalog). Darum bin ich der Meinung, dass es empfehlenswert ist, Verschmelzungen und Spaltungen (und Formwechsel) zwischen und mit Unternehmen von natürlichen Personen, Personengesellschaften und juristischen Personen zu ermöglichen. Falls diese verschiedenen Umwandlungsmöglichkeiten mit begleitenden steuerrechtlichen Regelungen in den Niederlanden eingeführt werden sollten, bedeutet dies meiner Ansicht nach nicht, dass dazu per se ein Umwandlungssteuergesetz nach deutscher Lesart nötig ist.

Es scheint sowohl für den Steuerpflichtigen als auch den *Belastingdienst* praktisch zu sein, eine Art Handbuch zu haben, um auf einen Blick zu sehen, was die zivilrechtlichen Möglichkeiten (UmwG) sowie die steuerrechtlichen Konsequenzen (UmwStG) im Zusammenhang mit einer Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel und Vermögensübertragung sind. Allerdings gibt es meiner Ansicht nach in Bezug auf das UmwG und das UmwStG auch ein paar notwendige Bemerkungen zu machen. Als erstes frage ich mich, ob ein UmwStG tatsächlich in das deutsche Steuersystem passt. Wie in den Niederlanden stellt auch bei der *Ertragsteuer (Einkommensteuer, Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer)* das Steuersubjekt den Ausgangspunkt dar. Das UmwStG geht jedoch von dem (zu übertragenden) Vermögen aus und folgt dabei eher einer ökonomischen Herangehensweise. Es ist meiner Ansicht nach dann schon die Frage, warum beispielsweise das *Organschafts*-System oder das deutsche Schachtelprivileg, in deren Zusammenhang die ökonomische Herangehensweise ebenfalls zentral ist, nicht ebenfalls in einem separaten Gesetz festgehalten sind. Im Hinblick auf diesen Punkt scheint mir, dass das steuerrechtliche Kriterium aus meinem Prüfungskatalog nicht erfüllt wird. Die Rechtsbestimmung (UmwStG als solches) passt nicht gut in das bestehende System. Zweitens frage ich mich, warum sich Deutschland nicht dazu entschieden hat, im UmwStG auch die steuerrechtlichen Konsequenzen beispielsweise der Erbschaftsteuer, Schenkungsteuer oder Grunderwerbsteuer zu regeln. Mit Blick auf die entsprechenden steuerrechtlichen Konsequenzen muss (noch immer) das separate Gesetz zu Rate gezogen werden. Drittens stellte ich beim Studium des großen Ganzen aus UmwG, UmwStG und Umwandlungssteuererlass fest, dass es sich meiner Ansicht nach nicht wirklich um ein systematisches und konsistentes Regelwerk handelt und ich kann mir nicht vorstellen, dass die genannten Gesetze und der Erlass für den Steuerpflichtigen und den *Belastingdienst* einfach zugänglich und begreiflich sind. Insbesondere der 170 Seiten zählende Umwandlungssteuererlass enthält meiner Ansicht nach zahlreiche Diskussionspunkte, die in der Praxis dazu führen, dass es alles andere als einfach ist, im Zusammenhang mit Umwandlungen steuerrechtliche Begünstigungen zu erhalten. Die Einführung einer derartigen Systematik und praktischen Anwendung wäre meiner Ansicht nach kein Schritt in Richtung Abbau der steuerrechtlichen Bürokratieaufwand. Kurz zusammenfassend kann meiner Ansicht nach an dieser Stelle gesagt werden, dass das deutsche *Umwandlungssteuergesetz* nicht zu einer logischeren, systematischeren, innerlich konsistenteren Gesetzgebung führt als in den Niederlanden heute der Fall ist (das steuer-gesetzesteknische Kriterium aus meinem Prüfungskatalog). Sämtliche steuerrechtlichen Regelungen bezüglich Verschmelzung und Spaltung in *einem* Gesetz zu haben, könnte aber vermutlich übersichtlicher für den Steuerpflichtigen und *Belastingdienst* sein. Nötig ist das meiner Ansicht nach nicht. Solange der Gesetzgeber nur dafür sorgt, dass die in den separaten Gesetzen verwendeten Begriffe (im Zusammenhang mit einem übereinstimmenden Sinn und Zweck) einheitlich ausgelegt werden und bei den verschiedenen Verschmelzungs- und Spaltungsvarianten dieselbe Systematik gilt (wie in den Niederlanden heute größtenteils der Fall ist), kann das meiner Ansicht nach auch gut in separaten Gesetzen geregelt werden. Mehr noch, das entspricht meiner Ansicht nach dem steuerrechtlichen Kriterium aus meinem Prüfungskatalog besser. Summa summarum denke ich, dass es derzeit nicht empfehlenswert ist, ein Umwandlungsgesetz nach deutscher Lesart in den Niederlanden einzuführen.

In den Niederlanden hat eine Arbeitsgruppe ein Papier zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts erarbeitet. *Einer* der Vorschläge ist, Umwandlung, Verschmelzung und Spaltung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft (zivilrechtlich) zu ermöglichen.¹⁶⁶⁹ Die Arbeitsgruppe hat einen Entwurf vorgelegt, um die zivilrechtliche Gesetzgebung für Personengesellschaften in *eine* gesetzliche

¹⁶⁶⁹ Siehe Rapport Werkgroep Personenvennootschappen, 26 september 2016, Paragraph 9.5.

Regelung zu fassen, nämlich in Titel 13 von Buch 7 BW¹⁶⁷⁰.¹⁶⁷¹ Zwar ist dann in den Niederlanden nicht von einem zivilrechtlichen Umwandlungsgesetz die Rede, aber dies würde doch bedeuten, dass sämtliche zivilrechtlichen Möglichkeiten bezüglich Verschmelzungen, Spaltungen und Formwechseln systematisch und konsistent in verschiedenen Abschnitten im *Burgerlijk Wetboek* aufzufinden sind. Angenommen der Gesetzgeber würde beschließen, steuerrechtlich daran anzuschließen (und folglich doch eine Art steuerrechtliches Umwandlungsgesetz einführen würde), dann würde ich empfehlen, anders als in Deutschland noch einen Schritt weiter zu gehen und auch die steuerrechtlichen Konsequenzen im Hinblick auf übrige Steuern in diesem Umwandlungsgesetz zu behandeln. Selbstverständlich könnte auch von der Gelegenheit gebraucht gemacht werden, die in diesem Kapitel genannten Streitfragen in Bezug auf eine Diskrepanz zwischen nationalem Gesetzestext und Richtlinien text, Unstimmigkeiten im Zusammenhang mit der steuerliche Rechtsstellung und übrige nicht behandelte detaillierte Diskussionspunkte zu beseitigen. Vorausgesetzt der Gesetzgeber beschließt, ein steuerrechtliches Umwandlungsgesetz einzuführen, sollte - der gesetzlichen Konsistenz wegen - vermutlich auch überlegt werden, beispielsweise die Rechtsfigur des Schachtelprivilegs und der *fiscale eenheid* (wobei der rechtliche Ausgangspunkt einer Steuerpflicht per Subjekt von einer ökonomischen Herangehensweise durchbrochen wird) ebenfalls in separaten Gesetzen unter zu bringen.¹⁶⁷² Ich wäre kein Befürworter davon. Meine Erwartung ist, dass dies zu Schubladendenken führt (*multinationals*, KMU, Erwerbstätige, Sozialhilfeempfänger, Rentner) und dass dies mangels eines unzureichenden Blicks für den jeweiligen Zusammenhang nicht dazu führt, zu einem gerechten Steuersystem zu gelangen.

12.11 Schlussfolgerung

Alles in allem bin ich zu der Schlussfolgerung gekommen, dass die folgenden Rechtsbestimmungen aus der deutschen *Körperschaftsteuer* (und *Gewerbesteuer*) für die niederländische Körperschaftsteuer empfehlenswert sind:

- Die Idee/Absicht des deutschen Gesetzgebers, eine rechtsformneutrale Ertragsteuer einzuführen. Die 2008 eingeführte *Thesaurierungsbegünstigung* wird dem (insbesondere in der Auswirkung) nicht gerecht, kann jedoch als Inspiration für eine meiner Ansicht nach wünschenswerte Ertragsteuer für Unternehmen in den Niederlanden dienen.
- Sich dem in Deutschland geltenden Anknüpfungspunkt für unbeschränkte Steuerpflicht anschließen, was meiner Ansicht nach insbesondere konkret beinhaltet, dass das Kriterium „Übertragbarkeit von Beteiligungen“ für die Feststellung der subjektiven Körperschaftsteuerpflicht wegfallen würde.
- Vereine und Stiftungen (und andere nicht öffentlich-rechtliche juristische Personen) im Regelfall als unbeschränkt steuerpflichtig behandeln. Als Ausnahme gilt, dass eine Stiftung oder ein Verein von der Steuerpflicht freigestellt ist, falls ausschließlich eine *non-profit* (gemeinnützige), mildtätige oder kirchliche Funktion ausgeübt wird. Die Freistellung gilt nicht, sofern ein Unternehmen ausgeübt wird.
- Die Grundzüge rund um den steuerrechtlichen Gewinnbegriff stärker gesetzlich festlegen, was in den Niederlanden bedeuten würde, dass die Grundzüge/Regeln rund um den *goed koopmansgebruik* (stärker) gesetzlich festgelegt werden sollten.
- Den steuerrechtlichen Gewinnbegriff mehr an den handelsrechtlichen Gewinnbegriff anknüpfen, wie es in Deutschland der Fall (gewesen) ist. Das sollte meiner Ansicht nach aber

¹⁶⁷⁰ Burgerlijk Wetboek (BW) = ndl. Bürgerliches Gesetzbuch.

¹⁶⁷¹ Siehe Rapport Werkgroep Personenvennootschappen, 26 september 2016, Paragraph 1.2.1. Derzeit ist die gesetzliche Regelung für Personengesellschaften über Buch 7A BW (Gesellschaft), das *Wetboek van Koophandel* (Handelsgesetzbuch) (OHG und CV) und in Buch 3 BW (aufgelöste Personengesellschaften) verstreut. Siehe auch V-N 2016/67.3.

¹⁶⁷² Vgl. auch den Vorschlag von T. Zech, bestehende Strukturen der bestehenden Gesetze zu durchbrechen. Er plädiert dafür, sämtliche Regelungen im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Konstellationen im EStG, KStG, GewStG, AStG, UmwStG, ErbStG und der AO in *einem* umfassenden Gesetz zu vereinen. Dieses Gesetz könnte dann „Gesetz zur Besteuerung von internationalen Sachverhalten (Internationales Steuerrechtsgesetz, IStG)“ genannt werden. T. Zech, Plädoyer für die Schaffung eines IStG, IStR 2011, 165.

ein handelsrechtlicher Begriff sein, der von einer *going concern*- Bewertung und Festlegung ausgeht. Die IFRS könnten in jedem Fall eine gute Inspirationsquelle für die Entwicklung des steuerrechtlichen Gewinnbegriffs in beiden Ländern sein.

- Eine gesetzliche Bestimmung einführen, in der der niederländische Gesetzgeber die Grundregeln rund um die Ermittlung eines nicht fremdvergleichsüblichen Darlehens festlegt. Die deutsche Ausgestaltung der Lehre vom nicht fremdvergleichsüblichen Darlehen ist jedoch nicht empfehlenswert.
- Eine Analyse der Erfahrungen durchführen, die Deutschland mit der - aufgrund von Unionsrecht verpflichtend einzuführenden - EBITDA-Regelung hat. Andere Zinsabzugsbeschränkungen sollten soweit wie möglich aufgehoben werden, eventuell mit der Ausnahme von Art. 10a Wet VPB 1969 (vgl. die Situation in Deutschland, dort gibt es neben der EBITDA-Regelung keine andere Zinsabzugsbeschränkung in der *Körperschaftsteuer*).
- Der niederländische Gesetzgeber sollte meiner Ansicht nach die Voraussetzungen im Zusammenhang mit der Anwendung des Schachtelprivilegs (Mindestbeteiligungserfordernis¹⁶⁷³, *non-voorraadeis*, nicht-qualifizierende Beteiligung, die als Kapitalanlage gehalten wird) aufheben. Das *ne-bis-in-dem-Prinzip* und Kapitalimportneutralität sollten ausschlaggebend sein. Missbrauchskonstellationen, oder die unerwünschte Anwendung des Schachtelprivilegs können durch Anwendung von *fraus legis* und/oder der Einführung von - aufgrund der Richtlinie zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken (ATAD1) verpflichtend einzuführenden - CFC-Gesetzgebung in den Niederlanden bekämpft werden. Was Letzteres anbelangt ist es meiner Ansicht nach empfehlenswert, dass der niederländische Gesetzgeber die Erfahrungen analysiert, die Deutschland mit CFC-Gesetzgebung hat.
- Die Möglichkeit einführen, dass jede körperschaftsteuerpflichtige Körperschaft (also beispielsweise auch eine Stiftung oder ein Verein) Teil einer *fiscale eenheid* ausmachen kann. Die in Deutschland im Zusammenhang mit der (Möglichkeit einer) Bildung einer *Organschaft* geltende Rechtsformneutralität, könnte für die Niederlande eine Inspiration sein.
- Die Möglichkeit, bei einer Verschmelzung oder Spaltung einen *Zwischenwert* ansetzen zu können. Kann die übertragende Partei wählen, einen ihren noch zu verrechnenden Verlusten entsprechenden Wert anzusetzen, würde das der Idee des *totaalwinst* gerecht werden und könnte es sowohl für den Steuerpflichtigen als auch für den *Belastingdienst* einfacher sein.
- Die Möglichkeit, zwischen und mit Unternehmen von natürlichen Personen, Personengesellschaften und juristischen Personen verschmelzen, spalten oder umwandeln zu können. Die in Deutschland an dieser Stelle geltende Rechtsformneutralität könnte für die Niederlande eine Inspiration sein.

Meine Untersuchung und die (oben) genannten Punkte geben mir den Anlass, das ein oder andere mit den folgenden, allgemeinen Befunden noch weiter in Perspektive zu setzen.

Befund 1: Die deutsche Körperschaftsteuer und/oder Gewerbesteuer ist nicht prinzipientreu

Im Allgemeinen ist die Gesetzgebung in Deutschland als konsistent und prinzipientreu bekannt. Jedoch bin ich bei meiner Untersuchung (mehr als ich erwartet hatte) auf die üblichen unstimmigen und nicht-prinzipientreue Regeln in der *Körperschaftsteuer* und *Gewerbesteuer* gestoßen. Daran zeigt sich meiner Ansicht nach, dass es in Deutschland genau wie in den Niederlanden einen wesentlichen Unterschied zwischen der wissenschaftlichen Sicht auf und Auslegung von (Grund)Rechten und Prinzipien und deren politischer Umsetzung gibt. Mit anderen Worten: Meiner Ansicht nach kann gefolgert werden, dass sowohl in Deutschland als auch in den Niederlanden in der Wissenschaft einer theoretischen und systematischen Besteuerung mehr Beachtung geschenkt wird und dass bei Politikern dagegen - mit Blick auf die Anhängerschaft - ein praktischer Ansatz vorzuherrschen scheint.

Befund 2: In Deutschland wird der Rechtsformneutralität mehr Beachtung geschenkt

Mit Blick auf meine Untersuchung hat sich gezeigt, dass in Deutschland bei der *Körperschaftsteuer* (und *Gewerbesteuer*) der Rechtsformneutralität mehr Beachtung geschenkt wird. Dies zeigt sich

¹⁶⁷³ Damit meine ich die Zeit bis 28. Februar 2013, in der in Deutschland im Zusammenhang mit der Anwendung des Schachtelprivilegs kein Mindestbeteiligungserfordernis für Dividenden galt.

unter anderem an der *Gewerbesteuer*, die anfällt, wenn ein Unternehmen ein Gewerbe ausübt, also unabhängig von der Rechtsform, (an) der Einführung der *Thesaurierungsbegünstigung*, mit der die Rechtsformneutralität dadurch erreicht werden soll, einbehaltene Gewinne von Personengesellschaften gleich wie die von Körperschaften zu besteuern, (an) *Organschafts-*Möglichkeiten für Personengesellschaften und Rechtsformen wie die Stiftung und den Verein sowie (an) den Verschmelzungs- und Spaltungsmöglichkeiten für Personengesellschaften; ungeachtet der Rechtsform können Personengesellschaften und Körperschaften miteinander oder zwischen einander verschmelzen und sich spalten. In Deutschland scheint daneben der Kohärenz innerhalb des Steuersystems mehr Beachtung geschenkt zu werden, wie bei der Balance (globales Gleichgewicht) zwischen der Besteuerung von Unternehmern, Gesellschaftern sowie Nicht-Unternehmern (Arbeitnehmern).

Dass in Deutschland stärker Rechtsformneutralität angestrebt wird, könnte möglicherweise auf den Umstand zurückgeführt werden, dass in Deutschland der Mittelstand und Familienbetriebe seit jeher stärker im Zentrum stehen als in den Niederlanden. Meiner Ansicht nach sind aus rechtlicher Sicht nahezu nur *dafürsprechende* Argumente zu finden, Rechtsformneutralität anstreben zu wollen. Die wichtigsten Gründe, warum die vollständige Rechtsformneutralität nicht realisiert wird, sind meiner Ansicht nach insbesondere budgetäre, politische und praktische (internationale) Gründe. Ich denke, dass sich die Niederlande in dieser Hinsicht inspirieren lassen und lernen können von den Erfahrungen in Deutschland.

Befund 3: In Deutschland gibt es ein stärkeres Band mit dem Zivilrecht

In Deutschland wird sich (seit jeher) im Rahmen der *Körperschaftsteuer* viel stärker auf das Zivilrecht gestützt. In anderen Worten: In den Niederlanden ist meiner Ansicht nach die Verbindung zwischen dem Zivil- und dem Steuerrecht viel stärker aufgegeben (worden) als es in Deutschland der Fall ist. Dies zeigt sich beispielsweise an den steuerrechtlichen Regeln für die Gewinnermittlung in Deutschland, die ein starkes Band aufweisen (aufgewiesen haben) mit dem Handelsrecht. Dies zeigt sich weiterhin sehr deutlich am *Organschafts-*System, in dessen Zusammenhang der *Ergebnisabführungsvertrag* in das Handelsregister eingetragen wird und für sowohl handelsrechtliche als auch steuerrechtliche Zwecke gilt. Das folgt auch aus den Verschmelzungs- und Spaltungsbegünstigungen, die auf den zivilrechtlichen Möglichkeiten aufbauen. Die Feststellung, dass es in Deutschland ein stärkeres Band mit dem Zivilrecht gibt, führt meiner Ansicht nach nicht dazu, dass dies empfehlenswert für die Niederlande ist. Wie bereits erwähnt gilt das meiner Ansicht nach nur was die Anknüpfung zwischen dem handelsrechtlichen und steuerrechtlichen Gewinnbegriff anbelangt.

Befund 4: Der deutsche Gesetzgeber regelt es selbst (weniger "open normen")

Summa summarum bin ich zu der Schlussfolgerung gekommen, dass in Deutschland ein eher *rule-based-*Ansatz gilt, oder in anderen Worten: dass es in Deutschland weniger *open normen* gibt. Der deutsche Gesetzgeber hat beispielsweise die Regeln bezüglich der steuerrechtlichen Gewinnermittlung, der Rechtsfigur des nicht fremdvergleichsüblichen Darlehens und das Übergangsrecht in Bezug auf das Schachtelprivileg ausformuliert und in gesetzlichen Regeln festgelegt, während der niederländische Gesetzgeber die Ausgestaltung betreffender Rechtsfiguren dem Richter überlassen hat. Wie meine Untersuchung und Schlussfolgerungen gezeigt haben, bin ich selbst mehr ein Befürworter, zumindest die Grundzüge der Rechtsfiguren aus der Körperschaftsteuer gesetzlich festzulegen, wobei selbstverständlich der Art und Weise Beachtung zu schenken ist, wie die gesetzliche Regelung anschließend mit Leben erfüllt wird. Dass in Deutschland mehr gesetzlich festgelegt wird, ist möglicherweise auch eine Erklärung, warum ich auf der Durchführungs- und Handhabungsebene etliche Unterschiede entdeckt habe. *Open normen* passen was das anbelangt zu einem pragmatisch handelnden niederländischen *Belastingdienst*. Dadurch dass der deutsche Gesetzgeber gesetzlich alles selbst gesetzlich regelt, könnte die Finanzverwaltung in der Folge weniger Beurteilungsspielraum sehen und sich zurückhaltender positionieren.

Befund 5: Relativ viele Rechtsbestimmungen mit overkill

In beiden Ländern entspricht meiner Ansicht nach die heutige gesetzliche Ausgestaltung (Umsetzung) der Rechtsbestimmung nicht immer gut dem ursprünglichen Gedanken hinter einer Regelung (Sinn und Zweck). Mit Blick auf meine Untersuchung scheint das in Deutschland häufiger

der Fall zu sein als in den Niederlanden. Das zeigt sich meiner Ansicht nach beispielsweise an der *Mindestbesteuerung* (der Drosselung der Verlustverrechnung), die lediglich aus budgetären Gründen eingeführt worden ist; der *Mantelkaufregelung*, die über die Bekämpfung des Handels mit Verlustgesellschaften hinausgeht; der gesetzlichen Ausgestaltung des nicht fremdvergleichsüblichen Darlehens, die über Beteiligungskonstellationen hinausgeht; der Einführung des Mindestbeteiligungserfordernisses für Dividenden im Zusammenhang mit dem Schachtelprivileg, das als Lösung für ein Problem in der Dividendenbesteuerung dient; der Idee hinter dem *Organschafts-*System, die sich meiner Ansicht nach für einen Aufgehen-in-Gedanken wie wir ihn den Niederlanden kennen eignet und der (den) unterschiedlichen geltenden Missbrauchsbekämpfung(sfristen) im Zusammenhang mit der Verschmelzung und Spaltung.

Befund 6: Durchführungs- und Handhabungspolitik; im Interesse der Staatskasse

Tut der Gesetzgeber auch alles dafür, die *Absicht* hinter einer Regelung in eine gesetzliche Regelung umzusetzen, kommt es dennoch regelmäßig vor, dass nicht nur Einigkeit darüber besteht, wie eine gesetzliche Regelung auszulegen ist. Es ist mir aufgefallen, dass es einen Unterschied gibt, wie damit in den Niederlanden und Deutschland umgegangen wird. Im Allgemeinen kann meiner Ansicht nach gesagt werden, dass in den Niederlanden zwischen dem *Belastingdienst* und dem Steuerpflichtigen (in Vorgesprächen) die Auslegung einer bestimmten Rechtsbestimmung erörtert wird. Anschließend wird innerhalb des Gesetzes und des Regelwerks nach einer praktischen / pragmatischen Lösung gesucht, mit der beiden Seiten gedient ist. Die *ruling-Praxis*, das *horizontaal-toezicht*-Verfahren, Genehmigungen in Anwendungserlassen und schlichtweg die Möglichkeit, regelmäßig mit dem *Belastingdienst* die steuerrechtlichen Regeln erörtern zu können sind deutliche Beispiele dessen.¹⁶⁷⁴ In Deutschland sehe ich ein anderes Bild. Dort gibt es meiner Ansicht nach viel weniger eine Kultur, bei der in Anwendungserlassen oder mittels gemeinsamer Gespräche pragmatische und für beide Seiten gangbare Lösungen gefunden werden. An diversen Stellen in meiner Untersuchungen ist angeführt, dass auf der Durchführungsebene in Anwendungserlassen, oder durch die *Finanzverwaltung* Standpunkte eingenommen werden, die einzig und allein im Interesse der deutschen Staatskasse sind. Daneben bin ich diverse Male darauf gestoßen, dass Deutschland im Zusammenhang mit für Steuerpflichtige günstiger unionsrechtlicher Rechtsprechung oder Richtlinien schleppend bei der Umsetzung dieser Rechtsprechung oder Richtlinien in nationales Recht zu sein scheint. In anderen Worten: Die *Finanzverwaltung* scheint meiner Ansicht nach viel häufiger ein parteischer Interessenvertreter zu sein, der nur eine Maximierung des Steueraufkommens für den Staat anstrebt, ohne dabei anderen Sichtweisen/Auslegungen des (unionsrechtlichen) Regelwerks Beachtung zu schenken.¹⁶⁷⁵ Das von mir (oben) konstatierte *mismatch*, das an manchen Stellen zwischen dem Sinn und Zweck und der gesetzlichen Ausgestaltung besteht, kann also auch noch einmal verstärkt werden durch eine meiner Ansicht nach unnachgiebige Exekutive, die dieser Unstimmigkeit, oder *over kill*-Verhältnissen wenig Beachtung zu schenken scheint. Beispiele dessen sind meiner Ansicht nach die Auslegung des Gesetzes und der Anwendungserlasse durch das *Finanzamt* im Zusammenhang mit den *Escape*-Klauseln in der *Mantelkaufregelung*, (mit) dem nicht fremdvergleichsüblichen Darlehen, (mit) der Anwendung des Übergangs zum 10%igen Mindestbeteiligungserfordernis für Dividenden, (mit) dem *Ergebnisabführungsvertrag* und (mit) den Missbrauchsbekämpfungs-Vorschriften für die Verschmelzungs- und Spaltungsbegünstigungen.¹⁶⁷⁶

¹⁶⁷⁴ Ich merke an, dass es in den letzten Jahren aber Signale gibt, dass diese Verständigungshaltung zwischen dem *Belastingdienst* und dem Steuerpflichtigen durch die aktuellen Probleme beim *Belastingdienst* und Steuerskandale wie die Panama und Paradise Papers unter Druck steht (siehe weiterhin Kapitel 2.11).

¹⁶⁷⁵ Damit behaupte ich übrigens nicht, dass der niederländische *Belastingdienst* nicht das Maximum für den niederländischen Staat würde herausholen wollen. Mir kommt es nur so vor, dass die Fälle in Deutschland - verglichen mit den Niederlanden - extremer sind.

¹⁶⁷⁶ Ein anderes Beispiel davon ist die Auslegung der deutschen Missbrauchsbekämpfungs-Vorschrift § 50d Abs. 3 EStG und der zwischen den Niederlanden und Deutschland vereinbarten Lockerung dieser Bestimmung im Protokolltext Art. XV Abs. 3 und 4 zum niederländisch-deutschen Doppelbesteuerungsabkommen durch das deutsche *Bundeszentralamt für Steuern*. Diesen Aspekt habe ich in meiner Untersuchung nicht behandelt, finde ihn aber doch so interessant, um ihn in diesem Zusammenhang zu erwähnen. Kurz zusammenfassend sorgt die Missbrauchsbekämpfungs-Vorschrift dafür, dass eine Freistellung oder (teilweise) Erstattung der

Es könnte übrigens sein, dass meine Feststellung, dass es in den Niederlande mehr *open normen* gibt als in Deutschland (siehe Befund 4), an dieser Stelle eine Rolle spielt. Dadurch dass der deutsche Gesetzgeber alles selbst gesetzlich regelt, könnte das *Finanzamt* in der Folge weniger Beurteilungsspielraum sehen und sich zurückhaltender positionieren.

Befund 7: Auf dem Gebiet der Körperschaftsteuer schneiden wir in den Niederlanden im Vergleich zu Deutschland so schlecht nicht ab

Mit Blick auf meine Untersuchung hat sich gezeigt, dass es nicht empfehlenswert ist, eine bestimmte deutsche Rechtsfigur *als Ganzes* in die Körperschaftsteuer in den Niederlanden einzuführen. Es handelt sich eher um kleine Rechtsbestimmungen oder Teilregelungen, die möglicherweise eine Verbesserung bedeuten können. Und selbst dann würde viel von der tatsächlichen formulierten Gesetzgebung abhängen, wie das Ganze in der Praxis zur Umsetzung gebracht wird und in der Praxis sich auswirken würde. Insbesondere im Hinblick auf die Durchführungsebene finde ich, dass die Niederlande nicht so sehr etwas von Deutschland lernen können, sondern dass dies eher andersherum der Fall ist. Alles in allem bin ich der Meinung, dass das Gras in den meisten Fällen wirklich nicht grüner in Deutschland ist.¹⁶⁷⁷

Macht das meine Arbeit weniger nützlich? Meiner Ansicht nach nicht; im Gegenteil, ich finde es wichtig, (auch) die Rechtsbestimmungen zur Kenntnis zu nehmen, die in Deutschland weniger oder nicht funktionieren (in dem Sinne, dass sie viel Kritik ernten). Bei möglichen zukünftigen Gesetzesänderungen in den Niederlanden können mögliche schlechte steuerrechtliche Erfahrungen Deutschlands auf betreffendem Gebiet berücksichtigt werden (beispielsweise im Zusammenhang mit der *earnings stripping*-Maßnahme und CFC-Gesetzgebung. Meine Befunde im Hinblick auf die deutschen Rechtsbestimmungen in der *Körperschaftsteuer* und *Gewerbsteuer* können als Schleifstein fungieren, um das eigene Körperschaftsteuerrecht zu überdenken und zu untermauern.

deutschen Quellensteuer nur möglich ist, wenn die niederländische BV (als Vergütungsgläubiger) genügend Substanz hat. Die Lockerung der Bestimmung lautet wie folgt (Protokolltext Art. XV Abs. 3 und 4): (3) *Hält eine in den Niederlanden ansässige natürliche Person (Unterstreichung durch mich) durch eine oder mehrere in den Niederlanden ansässige Gesellschaften Anteile an einer in der Bundesrepublik Deutschland ansässigen Gesellschaft, finden die in Artikel 23 genannten deutschen Rechtsvorschriften keine Anwendung, wenn die deutsche Steuerverwaltung nicht nachweisen kann, dass es sich bei der Zwischenschaltung der vorgenannten niederländischen Gesellschaft um eine aus steuerlichen Gründen gewählte Gestaltung handelt. Die Zwischenschaltung ist nicht aus steuerlichen Gründen gewählt, wenn Einkünfte bei ihrer Ausschüttung an die natürliche Person in den Niederlanden besteuert werden.* (4) *Für Zwecke der Anwendung des deutschen Steuerrechts auf eine niederländische Gesellschaft auf Grundlage des Artikels 23 behandelt die Bundesrepublik Deutschland verbundene Unternehmen in den Niederlanden auf konsolidierter Basis (Unterstreichung durch mich).* Mit Blick auf > eine natürliche Person < ist das *Bundeszentralamt* der Meinung, dass es sich lediglich um eine natürliche Person handeln darf. In einem Fall aus der Praxis ging es um mehrere natürliche Personen (alle in den Niederlanden ansässig), ein Antrag auf (teilweise) Erstattung wurde aber abgelehnt. Mit Blick auf die Absicht hinter der Lockerung macht diese Haltung des *Bundeszentralamts* meiner Ansicht nach keinerlei Sinn. In einem anderen Fall lies das *Bundeszentralamt* wissen, dass die Lockerung in Abs. 4 nur im Zusammenhang mit einer niederländischen *fiscale eenheid* anwendbar ist. Auch das scheint mit Blick auf die Absicht hinter der Lockerung eine sehr strenge und unnötige Auslegung zu sein, denn es ist klar von verbundenen Unternehmen auf konsolidierte Basis die Rede (und das ist weitreichender als bloß unsere *fiscale eenheid*).

¹⁶⁷⁷ Es könnte sein, dass man in Deutschland diese Einschätzung etwas skeptisch sieht. Die Niederlande haben was das anbelangt ein schlechtes Image im Hinblick auf die Besteuerung von *multinationals*. Dies zeigte sich umso mehr anlässlich der Veröffentlichung der sogenannten „Paradise Papers“. Hoekstra, gerade einige Wochen Finanzminister, musste sich aus diesem Anlass in der deutschen Sendung *Tagesschau* zur Steuervermeidung von Nike und Appleby via die Niederlande erklären. Die rechte Hand von Bundeskanzlerin Merkel, Altmeier, sagte, dass er in Brüssel die niederländischen Steuerkonstruktionen thematisieren will (Quelle: NOS, nieuwsbericht „Nederland faciliteert belastingontwijking Nike“, 6 november 2017). Das ändert aber nichts daran, dass was diejenigen Rechtsfiguren anbelangt, die ich untersucht habe, die deutsche (gesetzliche) Ausgestaltung nicht oder kaum besser ist als die niederländische.

Zukünftige Untersuchung

Hiermit schließe ich meine Arbeit (fürs Erste) ab. Wie im ganzen Leben bleiben auch nach dieser Untersuchung genug Fragen übrig. So habe ich in den verschiedenen Kapiteln entschieden, bestimmte Rechtsfiguren oder Rechtsbestimmungen nicht zu untersuchen. Daneben habe ich in Kapitel 1.3 darauf hingewiesen, dass es außerordentlich interessant ist, beispielsweise zu untersuchen, welche Rechtsbestimmungen aus der *niederländischen* Körperschaftsteuer empfehlenswert oder eine Inspiration für die *deutsche* Körperschaftsteuer sein können, oder welche Rechtsbestimmungen sich für eine *niederländisch-deutsche Harmonisierung* der Körperschaftsteuer eignen, unter Berücksichtigung der (steuerlichen) Interessen sowohl der Niederlande als auch Deutschlands. Ich denke, dass jeder nach der Lektüre dieser Untersuchung (implizit) bereits eine gute Idee von den Antworten auf diese Untersuchungsfragen haben kann. Möglicherweise mache ich mich in der Zukunft selbst noch daran. In jedem Fall beabsichtige ich die steuerlichen Entwicklungen in (Verbindung mit) Deutschland weiter genau zu verfolgen.

01. April 2018
Frank Elsweier

Literatuurlijst

- E. Aardema, 'De deelnemingsvrijstelling in internationaal perspectief', in: *Belastingbeschouwingen (Christiaanse-bundel)*, Kluwer Deventer 1989
- M. Adams, 'Wat de rechtsvergelijking vermag', *Ars Aequi* maart 2011
- P.G.H. Albert, 'Appels en peren of fruit en fruit?', *NTFR* 2018/309
- P.G.H. Albert, 'De onzakelijke lening', *TFO* 2014/134.1
- P.G.H. Albert, 'De onzakelijke lening: hoe nu verder?', *WFR* 2014/724
- P.G.H. Albert, 'Wetsvoorstel 33 713 (Wet compartimenteringsreserve)', *NTFR-A* 2014/1
- P.G.H. Albert, *Deelnemingsvrijstelling*, Fiscale Geschriften nr. 28, SDU, 2^e druk, 2015
- P.G.H. Albert, 'Honderd jaar goedkoopmansgebruik (jaarwinstbepaling)', *NTFR* 2015/1020
- P.G.H. Albert e.a., 'Compartimenteren zonder reserve', *WFR* 2014/1124
- Allen & Overy, *Global tax practice, negotiating the minefield: managing tax risks in challenging times*, January 2017
- R.J. Anderson, Open normen in de fiscale wetgeving, *WFR* 2018/15
- J.H.M. Arts, 'De wettelijke grondslag van de onzakelijke lening', *WFR* 2015/314
- F.G. Barnard, Veranderingen in de relatie Belastingdienst - belastingplichtige: is er sprake van verharding? *TFB* 2017/6/60714.
- S.E. Bärsch & M. Olbert, 'Germany: Tax classification of debt and equity and recent jurisprudence in Germany', *IBFD* 2015 (volume 69) nr. 9, 4 augustus 2015
- C.P.A.M. Bastings & J. van Strien, 'De terugwerkende kracht in het wetsvoorstel compartimenteringsreserve', *NTFR-A* 2014/17
- C.B. Bavinck, 'Wanneer vindt de onttrekking bij de onzakelijke lening plaats?', *WFR* 2018/9
- C.B. Bavinck, 'Enkele regelingen bij voeging en ontvoeging', *WFR* 2000/67
- BDI/KPMG-Studie, *Die Behandlung von Finanzierungsaufwendungen*, 2009
- J.D. Becker & T. Loose, 'Zur geplanten Ausdehnung des materiellen Korrespondenzprinzips auf hybride Finanzierungen', *IStR* 2012, 758
- J.D. Becker & T. Loose, 'Praxis der internationalen Verlustnutzung für deutsche Kapitalgesellschaftskonzerne', *Ubg* 3/2014
- J.W. Bellingwout, 'Een win-win alternatief voor verliescompensatie', *WFR* 2015/1518
- BEPS special*, (WFR 2016/7134, bijzonder nummer), Deventer: Kluwer 2016

- T. Bender, 'Tussen ethiek en wet: een derde weg', *WFR* 2017/20
- L. Berentsen, 'Nederland blijkt binnen EU notoire fiscale dwarsligger', *Financieel Dagblad*, 14 april 2016
- L. Berentsen, 'Nederland laat zich fiscaal niet kisten', *Financieel Dagblad*, 14 april 2016
- L. Berentsen, 'Hoeveel invloed heeft belastingadviesbranche op Ministerie van Financiën?', *Financieel Dagblad*, 14 november 2016
- L. Berentsen, 'Dominee en koopman in aanpak belastingontwijking', *Financieel Dagblad*, 24 november 2016
- L. Berentsen, 'Hypocrisie norm bij aanpak belastingontwijking', *Financieel Dagblad*, 8 december 2016
- L. Berentsen, 'Strengere regels zetten praktijk van belastingafspraken onder druk', *Financieel Dagblad*, 17 januari 2017
- T.M. Berkhout, 'Wetgevers en rechters; creëer en koester open normen!', *NTFR* 2012/723
- T.M. Berkhout en J.M. van der Heijden, 'Fiscale padafhankelijkheid en hiërarchie tussen beginselen van goed koopmansgebruik', *NTFR* 2003/701
- R. Betten & R.A. Sommerhalder, 'De nieuwe "thin capitalization" regels in Duitsland; consequenties voor Nederlandse aandeelhouders in Duitse vennootschappen', *MBB* 1995/64
- M. Beudeker, 'De toestemmingsvereisten bij de CV', *WFR* 2015/1149
- H.B. Binz, 'Unternehmensteuerreform 2008: Rechtsformspezifische Steuerwirkungen im Überblick', *DStR* 38/2007
- K. Blaufus & D. Lorenz, 'Wem droht die Zinsschranke?' Eine empirische Untersuchung zur Identifikation der Einflussfaktoren', *Zeitschrift für Betriebswirtschaft* 79 (2009)
- K. Blaufus & D. Lorenz, 'Die Zinsschranke in der Krise?', *Steuer und Wirtschaft* 4/2009
- W. Blümich & D. Gosch, *GewStG*, Munich: C.H. Beck 2016
- W. Blümich & J. Rengers, *EStg*, Munich: C.H. Beck 2016
- W. Blümich & J. Rengers, *KStg 1*, Munich: C.H. Beck 2016
- A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, 'De onzakelijke lening anno 2014 - deel I', *MBB* 2014/05
- A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, 'De onzakelijke lening anno 2014 - deel II', *MBB* 2014/06
- A.C.P. Bobeldijk / T.P. Akyürek / D.T.C. Tol, 'Het 'dwangakkoord' is in zicht; hoog tijd om de liquidatieverliesregeling aan te passen,' *WFR* 2018/29
- E. Bogenschütz, 'Der Fremdvergleichsgrundsatz bei der Konzernfinanzierung - das nach wie vor unbekannte Wesen?', *Ubg* 3/2014

J. Böhmer, 'Das Trennungsprinzip im Körperschaftsteuerrecht - Grundsatz ohne Zukunft?', *StuW* 1/2012

J.P. Boer, 'Consultatie Maatregelen aanpak belastingontduiking; een consultatie die vragen oproept', *NTFR* 2017/2098

J.P. Boer, 'De toerekeningsstop en het APV-regime: dubbel genaaid, houdt beter?', *WFR* 2017/229

M.J. Boer, *De fiscale eenheid vennootschapsbelasting en insolventie*, SDU Fiscale Wetenschappelijke reeks 2009/12/07

M.J. Boer, 'De Organschaft in de Körperschaftsteuer', *WFR* 2011/472

Th.M. de Boer, 'Vergelijkenderwijs; de inspiratie van buitenlands recht', *WPNR* 1992/6033

A.S. Bolik/ D.Zöller, 'Unterjähriger Hinzuerwerb von Beteiligungen im Rahmen des §8b Abs. 4 KStG' *DStR* 2014, blz. 782

P.J.M. Bongaarts, 'Weimar 2007: Verwaltungsrichterstag', *TFB* 2007/06/04

P.J.M. Bongaarts & P.H.J. Essers, *Het fiscale regime voor beleggingsinstellingen*, FM nr. 36, Kluwer, 1993

G.J.M.E. de Bont, *De relatie tussen het fiscale winstbegrip en de vennootschapsrechtelijke jaarrekening in rechtsvergelijkend perspectief*, Pijnenburg Uitgeverij, Tilburg, 1997

A. Bordewin & J. Brandt, *Einkommensteuergesetz*, Stuttgart 2017

N. Bosch / A. Lejour, 'Fiscaliteit en de rechtsvorm van ondernemingen', CPB Policy Brief 2017/12

R.A. Bosman, 'Formele aspecten van het multilateraal instrument', *MBB* 2017/04

G.F. Boulogne, 'Lessen uit de EU-Fusierichtlijn', *NTFR-B* 2016/11

G.F. Boulogne, *Shortcomings in the EU Merger Directive*, Kluwer Series International Taxation nr. 57, 2016

J.N. Bouwman, 'De bedrijfsfusiefaciliteit en het grootonderhoud aan de VPB', *NTFR* 2004/448

J.N. Bouwman, 'Onzakelijk en ongebruikelijk - de moeizame behandeling van afwaarderingsverliezen onzakelijke geldleningen in de tbs-sfeer', *FTV* 2013/05/24

J.N. Bouwman, 'Bijna honderd jaar eigen en vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting', *NTFR* 2015/1733

J.N. Bouwman, 'Honderd jaar cassatierechtspraak over totaalwinst in de inkomsten- en vennootschapsbelasting', *TFO* 2016/144.1

J.N. Bouwman, 'Van fiscale eenheid naar verliesoverdracht; het blijft gewoon complex?!', *NTFR* 2016/2092

P.P.T. Bovend'Eert, 'De rechterlijke organisatie: een nieuwe buitendienst van het Ministerie van Justitie?', *NJB* 1996/18

G. Brähler, M. Guttzeit & C. Scholz, 'Gelungene Reform oder überflüssige Norm? Eine quantitative Studie zu §34a EStG', *StuW* 2/2012

E. van den Brande-Boomsliuter, *De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting*, FM 110, Kluwer, 2004

E. Boomsliuter, Bewijsvermoedens in de Wet VPB 1969: de grenzen verder aangescherpt, *WFR* 2018/60

R.P.C.W.M. Brandsma, *Cursus Belastingrecht Europees Belastingrecht*, Kluwer 2016

R.P.C.W.M. Brandsma & P. Ruige & R. Bagci, 'De toepassing van de deelnemingsvrijstelling op gesplitste en volwaardige belangen' (deel 1), *WFR* 2017/242 en (deel 2), *WFR* 2017/248

R.P.C.W.M Brandsma, 'Een samenwerkende groep is een groep die samenwerkt', *WFR* 2017/28

R.P.C.W.M. Brandsma & J.I. van Leeuwen, 'Eén Dodo maakt van 10a nog geen dode letter: de Mauritiuszaak', *WFR* 2016/118

R.P.C.W.M. Brandsma & R.J. de Vries, 'Splits jij of fuseer ik (of omgekeerd?): de gevolgen van het wetsvoorstel inzake de fiscale begeleiding van juridische splitsing en fusie voor de betrokken lichamen', *FED* 1997/871

M. Bravenboer, 'Onmiddellijke werking', *WFR* 2005/465

A.F.M. Brenninkmeijer (nationale ombudsman), 'Belastingdienst in evenwicht met de burger', *WFR* 2013/578

A.C. Breuer, 'The Interest Limitation Rule of the Proposed EU Anti-Tax Avoidance Directive: A Violation of the German Constitution?', *Kluwerblog*, 2 maart 2016

A.C. Breuer & A.J.A. Stevens, 'De Duitse Thesaurieringsbegünstigung voor IB ondernemingen: model voor Nederland?', in: *Rijkersbundel*, 2013

A.C. Breuer & A.J.A. Stevens, 'Fiscale ontwikkelingen in Duitsland', *WFR* 2016/3

K. van Brocke & S. Müller, 'Die Auswirkungen des SCA Group Holding-Urteils auf das deutsche Steuerrecht', *DStR* 2014, 2106

V.E. Broeders & F.M. van der Zeijden, 'De interactie tussen het civiele en het fiscale recht', *WFR* 2014/1496

J.J. den Broek, 'De compartimenteringsreserve na de tweede nota van wijziging: lees maar, er staat niet wat er staat', *NTFR* 2015/2252

J.J. van den Broek, De fictieve vestigingsplaatsfictie, een achterhaald verschijnsel, *NTFR* 2017/1845

K. Broemel, '§8b, Abs. 4 KStG und Participation Exemption Shopping - Anknüpfungspunkt der Steuergestaltung?', *IStR* 17/2015

K. Broemel, 'Current developments in the corporate taxation of free-float shares - can participation exemption shopping offer a way out', *IBFD* 2016 (volume 56), no 4

E.A. Brood, 'Wet inkomstenbelasting 2001 / Wet ondernemerspakket 2001 versus "Steuersenkungsgesetz", *WFR* 2001/546

J.A. Broos en T. Schoeman, 'De andere Bosal reparatie, beperking van houdsterverliezen: het kan beter, het moet beter', *WFR* 2003/1937

C. Bruijsten, 'De toekomst van het fiscale winstbegrip', *WFR* 2009/823

C. Bruijsten e.a., *Vpb-plicht bij overheidslichamen*, Fiscaal Actueel, nr. 19, Kluwer 2016

C. Bruijsten & F.J. Elswier, *Kluwer VPB gids*, 2017

C. Bruijsten, 'Waar blijft de constitutionele toetsing?' *WFR* 2017/169.

D. Brüll, 'De lege NV met verrekenbare verliezen', *WFR* 1962/4598

D. Brüll, 'Het einde van de vernieuwing in de vennootschapsbelasting', *TVVS* november 1968

F.W.G.M. van Brunschot, 'De NV met gestaakte onderneming en haar verliescompensatie bezien vanuit de inkomstenbelasting', *De NV*, maart 1971

Bundesministerium der Finanzen, *Grünbuch der Deutsch-Französischen Zusammenarbeit über Konvergenzpunkte bei der Unternehmensbesteuerung*, februari 2012

Bundesministerium der Finanzen, *Kassenmäßige Steuereinnahmen nach Steuerarten in den Kalenderjahren 2010 - 2014*, raadpleegbaar op: www.bundesfinanzministerium.de

Bundesministerium für Wirtschaft und Finanzen, *Gutachten der Steuerreformkommission 1971, Schriftenreihe des Bundesministeriums der Finanzen*, Heft 17, 1971, blz. 428-561

M.P. van der Burg & G. Groenewegen, *Gemeentelijke belastingheffing van ondernemingen*, Kluwer 2006

G.C. van der Burgt, *De bedrijfsfusie in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969*, Kluwer 2009

G.C. van der Burgt, 'Recente ontwikkelingen ten aanzien van de antimisbruikbepalingen in de fusie- en splitsingsfaciliteiten uit de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting', *MBB* 2010/09

G.C. van der Burgt, 'De bedrijfsfusiefaciliteit van artikel 14 Wet Vpb 1969 en 'dooroverdracht'', *FBN* 2013/4

G.C. van der Burgt, 'Het (geactualiseerde) beleid van de Staatssecretaris van Financiën met betrekking tot bedrijfsfusies, splitsingen en juridische fusies in de vennootschapsbelasting deel I', *WPNR* 2016/7130

G.C. van der Burgt, 'Het (geactualiseerde) beleid van de Staatssecretaris van Financiën met betrekking tot bedrijfsfusies, splitsingen en juridische fusies in de vennootschapsbelasting deel II', *WPNR* 2016/7131

G.C. van der Burgt & F.J. Elswier, 'Het fiscale eenheidsregime in de vennootschapsbelasting: Recente ontwikkelingen in regelgeving en rechtspraak', *WFR* 2011/1682

G.C. van der Burgt & R.J. de Vries, 'De antiontgaansbepalingen in de diverse fusie- en splitsingsfaciliteiten. De huidige stand van zaken in de inkomsten- en vennootschapsbelasting', *WFR* 2012/1693

M.H.J. Buur & R.J. Koopman, 'Formele aspecten van het herziene regime fiscale eenheid', *WFR* 2000/98

K. Caminada & L.G.M. Stevens, 'Instrumenteel fiscaal beleid, oorzaak van complexiteit en scheefgroei', *WFR* 2017/50

L.P. Cats & B. Suvaal, 'Creatief met compartimenteren', *WFR* 2014/180

C(C)CTB Special, (WFR 2017/7184, bijzonder nummer), Deventer: Kluwer 2017

Centraal bureau voor de statistiek, *Bedrijven; bedrijfsgrootte en rechtsvorm*, raadpleegbaar op: <http://statline.cbs.nl/Statweb/publication/?DM=SLNL&PA=81588NED&D1=0-1,11,15-24&D2=0,3,9,13,52,54,59,63,70,77,80,90,94,98,108,117,119,121,127,132,136,139&D3=32&HDR=G2,T&STB=G1&VW=T>

J.H. Christiaanse, *Deelnemingsvrijstelling*, Fiscale Monografieën nr. 20, Kluwer, 1962

J.H. Christiaanse, 'De historie van de deelnemingsvrijstelling vennootschapsbelasting in de buitenlandse verhouding in Duitsland', *WFR* 1962/399

J.H. Christiaanse, *Deelnemingsvrijstelling en Holdings*, Belastingconsulentendag nr. 20, FED BV, 1975

J.M.M.J. Clerx, 'De afschaffing van de ondernemingsbelasting', *MBB* 1991/189

A. Cloer en T. Hagemann, 'Germany: constitutionality of treaty override', *European Taxation*, 2016, volume 56, no. 7

Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, *NOB-commentaar op de Wet compartimenteringsreserve*, raadpleegbaar op: <https://www.nob.net/nob-commentaar-op-de-wet-compartimenteringsreserve>

Common Consolidated Corporate Tax Base, (WFR 2011/6927, bijzonder nummer), Deventer: Kluwer 2011

R.P.C. Cornelisse, J.W. Zwemmer & D. Brüll, *Goedkoopmansgebruik*, FED Fiscale Brochures, Kluwer, 2012

R.P.C. Cornelisse, 'Vruchtgebruik op aandelen en toepassing van de deelnemingsvrijstelling', *WFR* 2017/202

Crüger, 'Fremdvergleich im Rahmen der deutschen Unterkapitalisierungs-Gesetzgebung der §8a KStG a.F. §8b Abs 3 KStG sowie der allgemeinen Dokumentationsvorschriften nach §90 Abs. 3 AO', *IStR* 2009, blz.159

A.H.M. Daniels en R.J. de Vries, 'Aanstaande overnameholdingwetgeving in de vennootschapsbelasting: waar gaan we met z'n allen naar toe?', *WFR* 2011/1322

- R. Degano & A.W. Ravelli, 'Art. 10a Wet op de Vennootschapsbelasting 1969: de dubbele zakelijkheidstoets onder art. 10a Wet VPB 1969 na het 'Mauritius-arrest'', *MBB* 2015/11
- M. Desens, 'Der Verlust von Verlustvorträgen nach der Mindestbesteuerung', *FR* 2011
- M. Desens, 'Verwirklichung des Leistungsfähigkeitsprinzips durch das BVerfG', *StuW* 3/2016
- Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V. Band 26, Gemeinnützigkeit, 2003 (*DStJG* 26, 2003)
- J.E.A.M. van Dijck, 'Belastingheffing van ondernemingen ongeacht de rechtsvorm', *WFR* 1988/661
- J.E.A.M. van Dijck, 'In dubio contra fisum', *WFR* 2009/1569
- J.E.A.M. van Dijck, 'Rechtsvergelijking', *WFR* 2003/1963
- I.D.M. Dingemans, F.M. van der Zeijden & M.R. Verburgh, 'Rechtseenheid op losse schroeven: De AIFMD in de fiscaliteit', *WFR* 2016/205
- H. Dollen, 'Toekomst van de ondernemersfaciliteiten in de inkomstenbelasting', *WFR* 2009/605
- R.P. van den Dool, 'Globaal evenwicht tussen dga en ondernemer', *TFO* 2017/150.2.
- J. Doornebal, 'Een eigen fiscale jaarwinstbepaling is nog steeds noodzakelijk', *WFR* 2015/1477
- J. Doornebal, 'Honderd jaar cassatierechtspraak inzake jaarwinst in vogelvlucht', *TFO* 2016/144.2
- J. Doornebal, 'Vestigingsklimaat en fiscale wetgeving: enkele kritische kanttekeningen', in S.M.H. Dusardijn, J.L.M. Gribnau, F.J. Elswier, *Van der Geldbundel*, Tilburg University 2016
- E. Dötsch e.a., *KStG*, Munich: C.H. Beck 2016
- E. Dötsch e.a., *Umwandlungssteuerrecht*, 2012
- S.C.W. Douma, 'Internationale aspecten van de C(C)CTB', *WFR* 2017/68
- W. Draijer, 'Tijd voor reflectie', *WFR* 2013/571
- K.D. Drüen, 'Verfassungsrechtliche Positionen zur Mindestbesteuerung', *FR* 2013
- Duitsland special*, (MBB 2012/07/08, bijzonder nummer), Den Haag: SDU 2012
- Duits-Nederlandse Handelskamer, *Cultuurverschillen tussen Duitsland en Nederland*, raadpleegbaar op: <http://www.dnhk.org/nl/niederlande/cultuur-en-etiquette/>
- S. Dusardijn, *De Rechtsfictie in de inkomstenbelasting*, Gildeprint 2015
- W.H. Duteweert & P.H.M. Strijbosch, 'Verslag van de 40^{ste} Fiscale Conferentie "Fiscale eenheid vennootschapsbelasting"', *WFR* 2016/39
- R. Eckhoff, 'Steurgerechtigkeit als verfassungsrechtliches und als steuerpolitisches Argument', *StuW* 3/2016

Economisch profiel Duitsland, augustus 2015, te vinden onder:
http://www.dnhk.org/fileadmin/ahk_niederlande/Bilder/Publicaties/ECONOMISCH-PROFIEL_2015_actueel.pdf

W.F.E.M. Egelie, 'Mijmeren over het stelsel van de Wet VPB', *NTFR* 2014/2405

W.F.E.M. Egelie, 'Compartimenteren: 'leuk'', *NTFR-B* 2015/30

A. Eggert in, *Corporate Tax Base in the Light of the IAS/IFRS and EU Directive 2013/34*, EUCOTAX, volume 48, 2016, hoofdstuk 7.

J.A.R. van Eijdsen, B.J. Kiekebeld & D.S. Smit (red.), *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief*, Kluwer 2014

J.A.R. van Eijdsen & J.L. van der Streek, *Op weg naar een Europese vennootschapsbelasting*, brochure EY 2011

J.A.R. van Eijdsen, J.L. van der Streek & S.A.W.J. Strik, *Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, Fed Fiscale Brochure, Deventer: Kluwer 2011

S. Eilers & F. Bühring, 'Sanierungssteuerrecht - Selbst ein Sanierungsfall?', *StuW* 3/2009

F.J. Elsweier, 'Ontwikkelingen in de Duitse belastingwetgeving voor vennootschappen; gevolgen voor Nederland?', *MBB* 2008/04/04

F.J. Elsweier, 'Ontwikkelingen in de Duitse belastingwetgeving voor kapitaalvennootschappen', *MBB* 2010/03/04

F.J. Elsweier, *Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting*, Kluwer, 2015

F.J. Elsweier, 'Dividend uit Duitsland', *WFR* 2016/10

F.J. Elsweier & V.G.M.P. Bouten, *Belastingverdrag Nederland - Duitsland, een handreiking voor de praktijk: De parlementaire behandeling geordend*, auteursplatform SDU, 2015. Verkrijgbaar via www.verdragduitsland2012.nl

F.J. Elsweier, 'Fiscale partijpunten Bondsdayverkiezingen 2017 in het licht van fiscale ontwikkelingen in Duitsland en Nederland', *WFR* 2017/174

F.J. Elsweier & J.A.G. van der Geld, 'Renteaftrekbepalingen in de Nederlandse vennootschapsbelasting: tijd voor sanering!', *TFO* 2012/120.1

F.J. Elsweier & J. Grave, 'die niederländische Einheitstheorie im Praxistest - eine Alternative für die Organshaft in Deutschland?', *IStR* 3/2013

F.J. Elsweier & S.A. Stevens, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, FED fiscale studieseries, nr. 31, Kluwer, 13^e druk

F.J. Elsweier en J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?', *WFR* 2012/182

F.J. Elsweier & J. van Strien, 'Valutaresultaten en renteaftrekbepalingen; de gevolgen van HR 24 februari 2012', *WFR* 2012/628

F.J. Elswelier & J. van Strien, 'Het nieuwe 'art. 10a-besluit'; de teugels worden aangetrokken', *NTFR-A* 2013/9

F.J. Elswelier, J. Grave, J. van Strien, 'De onzakelijke lening in rechtsvergelijkend perspectief met Duitsland', *WFR* 2013/6992

D. Endres & S. Stellbrink, 'Wo steht Deutschland im internationalen Steuerwettbewerb', *StuW* 1/2012

F.A. Engelen, H. Vording en S. van Weeghel, 'Eenvoud, evenwicht en een lager tarief vennootschapsbelasting: waar staan we een jaar later?', *WFR* 2009/953

T. Engers/ T. Stevens/C. Hawlitschek, 'Auswirkungen des Multilateralen Instruments auf das DBA-Niederlande', *IStR* 1/2018

Ernst & Young, *Studie: Aspecten van de Duitse Gewerbesteuer*, december 2007

Ernst & Young, *Studie zur Evaluation der Gegenfinanzierung der Unternehmensteuerreform 2008*

M. Ernst/H.-P. Roth, 'Der Vorhang zu und alle Fragen offen - Zur (Un-)Vereinbarkeit von §8c KStG mit Verfassungsrecht nach der "Pauenschlag"-Entscheidung des BVerfG', *Ubg* 2017, 378.

P.H.J. Essers, 'Jaarwinst jurisprudentie leidt tot BEPS-achtige situaties', *NTFR* 2015/2752.

P.H.J. Essers, *Knelpunten bij de hervorming van de belastingheffing van ondernemingen*, Deventer: Kluwer 1992

P.H.J. Essers, 'Onbeperkte voorwaartse verrekening van ondernemingsverliezen', *TFO* 1994/217

P.H.J. Essers, 'Goedkoopmansgebruik, Quo Vadis?', *TFO* 2003/151

P.H.J. Essers, 'De Bosal-wetgeving en het Titanic-gevoel', *WFR* 2003/1843

P.H.J. Essers, 'Goedkoopmansgebruik and Maßgeblichkeitsprinzip: Time for a change', *StuW* 4/2005

P.H.J. Essers, 'Horizontaal Toezicht: een stille revolutie' *WFR* 2008/3

P.H.J. Essers e.a., *Hybrid entities and the EU Direct Tax Directives*, EUCOTAX Series on European Taxation, volume 41, 2015.

P.H.J. Essers, 'De fiscale positie van de IB-ondernemer, verleden, heden en toekomst', *TFO* 2008/147

P.H.J. Essers, 'Rechtsvormneutraliteit', *TFO* 2011/3

P.H.J. Essers, *Belast verleden*, Kluwer 2012

P.H.J. Essers, 'Vijftien stellingen naar aanleiding van het debat over brievenbusmaatschappijen', *NTFR* 2013/2019

P.H.J. Essers, 'Belastingen in de Eerste en Tweede wereldoorlog', in: *Tweehonderdjaar Rijksbelastingen*, 2015

P.H.J. Essers, 'Koester serendipiteit en voorkom een filter bubble!', *WFR* 2016/92

P.H.J. Essers, 'De stiefmoederlijke behandeling van IAS/IFRS in het CCCTB-voorstel', *WFR* 2017/64

P.H.J. Essers & F.J. Elswier, 'Dutch experience with European developments: a story of Dr. Jekyll and Mr. Hyde', *EC Tax Review* 2003/02

P.H.J. Essers & O.A.W.J. Janssen, *Fiscale grensvergelijkingen*, Kluwer, 1994

P.H.J. Essers, 'Het winstbegrip in het CCTB-voorstel als mogelijk baken voor een toekomstig EU fiscaal winstbegrip', *TFO* 2017/150.3.

EU Joint Transfer Pricing Forum, *Statistics on APAs at the end of 2013*, raadpleegbaar op:

Europese Commissie, *Commission presents Action Plan for Fair and Efficient Corporate Taxation in the EU*, 17 juni 2015, raadpleegbaar op: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5188_en.htm

EY Tax & Law Magazine, 03/2013

EY Tax & Law Magazine, 01/2015

EY Tax & Law Magazine, 03/2017

EY Tax & Law Magazine, 01/2018

EY's attractiveness survey's, *Barometer Nederlands vestigingsklimaat 2016 "van investeren naar blijvend vertrouwen"*, 2016

EY's attractiveness survey's, *Standort Deutschland 2016 "Kurs halten, Europa stärken"*, 2016

S.E. Faber en R.P. van Geilswijk, 'De beperking van de aftrekbaarheid van bovenmatige deelnemingsrente', *TFO* 2013/128.1

FG Köln, 'Allgemeine Aufwendungen als Verausserungskosten iSd §8b Abs. 2 S. 2 KStG bei nahezu ausschliesslicher Verausserung zuvor selbst gegründeter Vorratskapitalgesellschaften?', *DStRE* 2016, 61.

J.A. Fray, 'Goed koopmansgebruik', *WFR* 1955/4270

C.C. Freidank & P. Velte, 'Quo Vadis Maßgeblichkeit, Eine Analyse aus rechtshistorischer, steuersystematischer und betriebswirtschaftlicher Sicht', *StuW* 2/2010

G. Frotscher, *Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer*, 2e Auflage, Verlag C.H. Beck 2008

G. Frotscher, *Umwandlungssteuererlass 2011 (Erstkommentierung)*, Freiburg 2012

C. Fuhrmann & M. Strahl, 'Änderungen im Unternehmensteuerrecht durch das JStG 2008', *DStR* 2008, blz. 125-131

J.A.G. van der Geld, *De herziene deelnemingsvrijstelling*, FM nr. 20, Kluwer Deventer 1990

- J.A.G. van der Geld, 'De honderdjarige inkomstenbelasting, wat moeten we ermee?', *WFR* 1992/1381
- J.A.G. van der Geld, 'Evolutie en toekomstperspectief van de deelnemingsvrijstelling', *WFR* 1994/987
- J.A.G. van der Geld, 'Constitutionele toetsing, ook fiscaal van belang', *WFR* 2002/1035
- J.A.G. van der Geld, 'Belastingrecht: een moeizame "cohabitation" tussen economie en recht', in: *Schonisbundel*, Kluwer 2006
- J.A.G. van der Geld, 'Trends in de VPB-heffing in Nederland', *TFO* 2008/182
- J.A.G. van der Geld, 'Fiscaliteit in een steeds veranderende wereld', in: H. van Arendonk, J.J.M. Jansen & L.G.M. Stevens, *Wetgevingskunsten (Vriendenbundel Jan Kees Bartel)*, SDU 2010
- J.A.G. van der Geld, 'Continuïteit en vernieuwing' in de vennootschapsbelasting', *TFO* 2011/24
- J.A.G. van der Geld, *De deelnemingsvrijstelling*, Fiscale Monografieën nr. 20, 3^e herziene druk 2011
- J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken Vennootschapsbelasting*, 8^e druk, Kluwer, Deventer, 2012
- J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Kluwer, negende druk, 2013
- J.A.G. van der Geld, F.J. Elswier, S.A. Stevens, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, 10^e druk, Deventer 2014
- J.A.G. van der Geld, F.J. Elswier & S.A. Stevens, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Fiscale studieseries, Kluwer, 2016, 12^e druk
- J.F.M. Giele, 'Het overlaten van winst aan een verlies-nv', *WFR* 1968/2
- J.F.M. Giele, 'Belastingdruk op zelfstandigen en werknemers', *NTFR* 2009/1155
- M. Glahe, 'Zinsschranke und Verfassungsrecht', *Ubg* 8/2015
- P. Glanegger, G. Güroff & J. Selder, *GStG*, 2006, 6^e druk, München
- S. Goebel & M. Ungemach, *Praktiker-Kommentar Umwandlung von Unternehmen*, HDS Verlag, 2014
- C.A. Goosen & J. Kroonenberg, 'De open commanditaire vennootschap en het open fonds voor gemene rekening: een eerste vergelijking,' *VFP* 2017/88
- H.P.J. Goossen, *Belastingplicht in de vennootschapsbelasting*, FED Fiscale Brochure, Kluwer, 1991
- D. Gosch & D. Gosch, *KStG § 8b*, Munich: C.H. Beck 2015
- M. de Graaf, 'Uitvergroet: Goedkoopmansgebruik, reserves en codificeren', *V-N* 2015/57.0
- M.M.A. van Graafeiland & F.W.G. Kam, 'Het voorstel voor een CCCTB - een beschouwing', *MBB* 2011/09/02
- R. de Graaff e.a., 'woord vooraf', *Ars Aequi*, bijzonder nummer Duits recht, juli/augustus 2014

F.H.M. Grapperhaus, *De besloten NV fiscaal vergeleken met de persoonlijke ondernemer en met de open NV (diss.)*, FED Amsterdam 1966

F.H.M. Grapperhaus, 'In de tijd beperkte verliescompensatie is uit de tijd', *WFR* 1978/1073

F.H.M. Grapperhaus, 'Onbeperkte voorwaartse verliescompensatie een eis van rechtvaardigheid', *WFR* 1979/669

D. Grashoff & F. Kleinmanss, *Aktuelles Steuerrecht*, Beck 2015

C. Graw, *Der Teilbetrieb im Umwandlungssteuerrecht nach dem Umwandlungssteuer-Erlass 2011*, IFSt nr. 488, Berlin, Mai 2013

S. Greil, 'Ein neues Teilbetriebsverständnis im Steuerrecht', *StuW* 1/2011

J.L.M. Gribnau, 'Belastingen als olifant', *NTFR* 2016/684

J.L.M. Gribnau, 'Belastingen, ethiek en waarden. Een weerbarstig driespan', *NTFR* 2017/660

J.L.M. Gribnau in A.C. Rijkers & H. Vording, *Vijf jaar Wet IB 2001*, Kluwer, 2006, hoofdstuk 1.

F.C. de Groot, 'Het rapport onderzoek grote ondernemingen: worden de beleidsverwachtingen omtrent het horizontaal toezicht ook daadwerkelijk gerealiseerd?' *WFR* 2017/2004.

I.M. de Groot, 'Art.13I Wet VPB 1969: een regelrechte miskoop', *WFR* 2016/207

I.M. de Groot, 'Concernbepalingen in de Common (Consolidated) Corporate Tax Base', *WFR* 2017/67

I.M. de Groot & B. Suvaal, 'Verliesverrekening bij ontvoeging van clustermaatschappijen', *WFR* 2016/66

S. Grottherr, 'Steht der Verlustvor- und rücktrag steuerpolitisch zur Disposition? (Teil I)', *BB* 1998, Heft 46

S. Grotherr, 'Sollten verbindliche Auskünfte anonymisiert veröffentlicht werden?', *StuW* 1/2016

H. Hahn, 'Die Veräusserung spaltungsgeborener Anteile', *GmbHR* 9/2006

H. Hahn, 'Im westen nichts neues, Überlegungen zur Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Papillon', *IStR* 2009, 198

M.L. Haisch & E. Bindl, 'Rechtsprechungs-Update zur Besteuerung von Finanzunternehmen', *Ubg* 10/2012

R.H. Happé, 'Het tijdperk van splendid isolation voor de fiscaliteit ligt definitief achter ons', *WFR* 2012/1162

R.H. Happé, 'Fiscale ethiek voor multinationals', *WFR* 2015/938

G. Harle en G. Kulemann, 'Besteuerung der Kapital-und Personengesellschaften nach der Unternehmenssteuerreform 2008 - ein Belastungsvergleich', *GmbHR* 21/2007

K. Heger, 'Körperschaft- und Gewerbesteuer und objektives Nettoprinzip', Beihefter zu *DStR* 34 2009, 117

E.J.W. Heithuis, 'De bijzondere bepaling tegen de handel in verlieslichamen (art. 20a Wet VPB 1969): Vereenvoudiging dringend gewenst!', *WFR* 2005/1532

E.J.W. Heithuis, De 'per-elementbenadering in de fiscale eenheid en de spoedreparatie', *FED* 2018/44

E. J.W. Heithuis, 'Het nieuwe art. 10b VPB? Weg ermee!!!', *NTFR* 2006/1236

E.J.W. Heithuis, 'Toch maar wel die ondernemingswinstbelasting', *NTFR* 2010/1843

E.J.W. Heithuis, 'Onzakelijke leningen in de tbs-sfeer', *WFR* 2012/528

E.J.W. Heithuis, 'Het EHRM als panacee?', *WFR* 2014/544

E.J.W. Heithuis, 'Het einde van de fiscale eenheid VPB in zicht?', *WFR* 2015/1136

E.W.J. Heithuis, 'HR 8 juli 2016, nr. 15/00878, V-N 2016/36.10: gemiste kans!', *WFR* 2016/170

E.J.W. Heithuis, 'Maak van de achterstand een voorsprong', *V-N* 2018/11.0

E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars, B.F. Schuver, *Inkomstenbelasting: alsmede hoofdzaken loonbelasting*, Kluwer, FED studie serie nr. 35, 12^e herziene druk, 2016

E.C.J.M. van der Hel-van Dijk, 'Horizontaal toezicht in Europees perspectief', *WFR* 2011/281

J.A.M. van Helvoirt, E.M.S. Spierts en A.J.A. Stevens, 'De Duitse Unternehmensteuerreform 2008: een overzicht', *WFR* 2008/834

R.W.F. Hendriks, De stichting in concernverband : enkele privaatrechtelijke en fiscaalrechtelijke beschouwingen, *Schoordijk Instituut*; 6, 1994.

J. Hennrichs, *Münchener Kommentar zum Bilanzrecht*, Beck 2013

C. Herrmann, G. Heuer & A. Raupach, *Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz: EStG KStG*, Otto Schmidt Verlag 2017

H. Hertoghs, 'No substance without form', *WFR* 2014/775

N. Herzig, 'Aktuelle Entwicklungen bei §8b KStG und §3c EStG', *DB* 2003, p. 1459 (1467)

N. Herzig, *Organschaft*, 2003

N. Herzig & S. Briesemeister, 'Steuerliche Problembereiche des BilMoG-RegE', *Ubg*, 2009, blz. 157

N. Herzig & U. Lochmann & B. Liekenbrock, 'Die Zinsschranke im Lichte einer Unternehmensbefragung', *Der Betrieb*, 21-03-2008

N. Herzig, & U. Lochmann & B. Liekenbrock, 'Impact study of the new German interest capping rule', *Intertax* 2008, issue 12

R.L.G. van den Heuvel, 'Kan Duitse jurisprudentie bijdragen aan de invulling van ons beginsel van eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid?', *WFR* 2011/1667

J. Hey, 'Unternehmensteuerreform: das Konzept der Sondertarifierung des § 34a EStG-E - Was will der Gesetzgeber und was hat er geregelt?', *DStR* 2007/925

J. Hey, 'Verletzung fundamentaler Besteuerungsprinzipien durch die Gegenfinanzierungsmassnahmen des Unternehmenssteuerreformgesetzes 2008', *Betriebs-Berater* 2007, blz. 1303, 1307

J. Hey, 'Perspektiven der Unternehmensbesteuerung, Gewerbesteuer - Gruppenbesteuerung - Verlustverrechnung - Gewinnermittlung', *StuW* 2/2011

L. Hillmann & R. Hoehl, Interest limitation rules: At a crossroads between national sovereignty and harmonization, *European Taxation*, 2018 (volume 58), nr. 4

L. Hintzen, 'Die überraschende Verabschiedung der Körperschaftsteuerreform', *MBB* 1976/182

M. van Hoecke, *Methodology of Comparative Legal Research, Law and Method*, Boom Juridische Uitgevers 2015

W. van Hoeflaken, 'Verslag symposium VHMf', *WFR* 2013/606

M.A. van Hoepen, 'Goed koopmansgebruik en IFRS', *MBB* 2007/9

A.W. Hofman, *De deelnemingsverrekening*, Fiscale monografieën nr. 138, Kluwer, 2011

A.W. Hofman, 'Hoog tijd voor modernisering liquidatieverliesregeling', *WFR* 2014/787

A.W. Hofman, 'Het "sluitende systeem" van de deelnemingsvrijstelling', in S.M.H. Dusarduijn, J.L.M. Gribnau, F.J. Elswier, *Van der Geldbundel*, Tilburg University 2016

H.J. Hofstra, 'Bedrijfsbalans en belastingbalans', *Weekblad der Belastingen* 1940, nr. 3533

H.J. Hofstra, 'De ontwikkeling van het Nederlandse belastingstelsel gedurende de bezetting', *De NV* 1944-1946, nr. 6/7

H.J. Hofstra, *Inflatieneutrale belastingheffing*, Den Haag, Staatsuitgeverij 1978

H.J. Hofstra, 'Verrekening van positieve en negatieve inkomens en winsten in de tijd', *WFR* 1979/5400

H.J. Hofstra en R.E.C.M. Niessen, *Inleiding tot het Nederlands belastingrecht*, 8^e druk, Kluwer, 2002

U. Hohage & F.J. Elswier, 'Real estate - opportunities and pitfalls in Germany and the Netherlands', *Intertax*, Vol. 36 (2008), no. 3

A. Hol, 'Waarom Duits recht?', *Ars Aequi*, bijzonder nummer Duits recht, juli/augustus 2014

J. Hoogendoorn, 'Oorsprong en karakter van het instituut fiscale eenheid', *MBB* 1995/375

M.J. Hoogeveen, *Kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*; Fiscale wetenschappelijke reeks 19, SDU 2011

- M.J. Hoogeveen, *Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting*, Kluwer, 2016.
- P. Hoogterp, 'Voorkomen buitensporige renteaftrek in Action 4 en art. 4 ATAD', *WFR* 2017/147
- F. van Horzen, 'Nederlandse weigering aftrek van rente in strijd met vrijheid van vestiging', *NTFR* 2018/563
- F. van Horzen, 'Weg met moralisme!', *NTFR* 2013/1038
- F. van Horzen, *Verliesverrekening in de vennootschapsbelasting*, Deventer, Kluwer, 2014
- F.C. de Hosson, 'Het onderscheid vaste inrichting – dochtervennootschap bezien vanuit gemeenschappelijk perspectief', *WFR* 2003/1581
- C.P.M. van Houte, 'Geen algemene aangifteplicht voor stichtingen en verenigingen', *WFR* 1994/890
- C.P.M. van Houte, *De stichting in het Nederlandse belastingrecht*, Fiscale Monografieën nr. 69, Tweede, volledig herziene Druk, Kluwer, 2009
- E. Huber & R. Seer, 'Steuerverwaltung im 21. Jahrhundert: Risikomanagement und Compliance', *StuW* 4/2007
- R. van der Hulle, 'De ruime beoordelingsvrijheid voor de belastingwetgever: een onneembare horde?', *MBB* 2015/09/04
- H.T.P.M. van den Hurk & S.J.P. Ubachs, 'De EBITDA-regel binnen OESO- en EU-verband, een verstandige keus? (deel I)', *WFR* 2016/233
- H.T.P.M. van der Hurk & S.J.P. Ubachs, 'De EBITDA regel binnen OESO en EU-verband, een verstandige keus? (deel II)', *WFR* 2016/238
- R. Hütteman, 'Besteuerung von Unternehmen – Entwicklungen und Ausdifferenzierung', *StuW* 1/2014
- N. Idsinga/T.N Peters van Neijenhof/S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, 'Afgezonderd Particulier Vermogen en Nederlandse (familie)stichtingen', *WPNR* 2013/6995.
- IFSt-Arbeitsgruppe, *Einführung einer modernen Gruppenbesteuerung – Ein Reformvorschlag*, IFSt-Schrift Nr. 471 (2011)
- R. IJzerman, *Formeel Belastingrecht, Hoofdzaken Formeel Belastingrecht*, Boom, 2014, 2^e druk
- Jacobs/Endes/Spengel, *Internationale Unternehmensbesteuerung*, 7. Aufl. 2011
- Jacobs/Endes/Spengel, *Internationale Unternehmensbesteuerung*, 8. Aufl. 2016
- J.J.M. Jansen, 'Is codificatie van goed koopmansgebruik gewenst?' *WFR* 2005/6630
- J.J.M. Jansen, 'Ondernemers in 2011', *MBB* 2011/01/02
- O.A.W.J. Janssen, 'Verslag oratie Prof. Dr. P.H.J. Essers', *WFR* 1992/931
- S. Jankie, 'Het arrest-Groupe Steria is irrelevant voor de Nederlandse fiscale eenheid', *WFR* 2016/43

- C. Jochimsen & T. Zinowsky, 'DBA-Schachtelprivileg und Gewerbesteuer im Organschaftsfall', *DStR* 2015, blz. 1999
- D. Juch, *Deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting*, Fed Deventer 1974
- D. Juch, 'Renteloze leningen in het Duitse belastingrecht', *MBB* 1988/172
- W. Jurkat, *Die Organschaft im Körperschaftsteuerrecht*, 1975
- C. Kahle & B. Cortez, 'Zuzug von Kapitalgesellschaften im Ertragsteuerrecht', *FR* 2014, blz. 673 e.v
- H. Kahle, A. Dahlke & S. Schulz, 'Zunehmende Bedeutung der IFRS für die Unternehmensbesteuerung?', *StuW* 3/2008
- C. Kahlenberg, 'Classification of foreign entities for German tax purposes', *European Taxation* (volume 54) nr. 4, 24 februari 2014
- C. Kahlenberg, 'Germany: The tax treatment of hybrid financial instruments', *IBFD* 2015 (volume 55) nr. 6, 15 mei 2015
- C.Kahlenberg/A.Prusko: Die Weiterentwicklung der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung durch die BEPS-RL, *ISr* 8/2017, blz.304
- G. Kahlert/A. Schmidt, Nach der Entscheidung des BVerfG zu § 8c (Abs. 1) S. 1 KStG: Stünde der Vertrauensschutz einer (rückwirkend) belastenden Neuregelung entgegen? (Zugleich Anmerkung zu BVerfG, B. v. 29.03.2017 - 2 BvL 6/11), *FR* 2017, blz. 758 e.v.
- N. Kaldor, *An expenditure tax*, London: 1958
- C.A. de Kam, 'Belastingdruk van zelfstandigen en werknemers: globaal evenwicht?', *WFR* 2009/640
- G.W.J.M. Kampschöer, 'Consolideren: meer dan een andere naam voor "opgaan in"?', *WFR* 2000/77
- K. Karsten, 'Die körperschaftsteuerliche Organschaft', *DStR* 1993, 893
- P. Kavelaars, 'Internationale fiscale transitie', *TFO* 2017/150.5
- P. Kavelaars, 'Meer of minder...?' *WFR* 2016/08
- E.C.C.M. Kemmeren, 'Marks & Spencer: balanceren op grenzeloze verliesverrekening', *WFR* 2006/211
- E.C.C.M. Kemmeren, 'Renteaftrek is niet het probleem in de vennootschapsbelasting; wel het niet-belasten van rente!', *WFR* 2009/6806
- E.C.C.M. Kemmeren, 'BEPS en renteaftrek en andere financiële betalingen: de verkeerde route', *WFR* 2015/1107
- M.L.M. van Kempen, *Rechtspersoonlijkheid en belastingplicht van vennootschappen*, W.E.J. Tjeenk Willink 1999, Deventer

M.L.M. van Kempen, 'De fiscale behandeling van vennoten in personenvennootschappen in de Wet IB 2001', *TFO* 2000/195

W. Kessler & N. Arnold, 'National begrenzte Organschaft', *IStR* 2016,226

W. Kessler & M.L. Dietrich, 'Die Zinsschranke nach dem WaBeschG - La dolce vita o il dolce far niente?', *Der Betrieb* 2010, nr. 5

W. Kessler & R. Eicke, 'New German thin cap rules - too thin the cap', *Tax Notes International* 2007/3.

W. Kessler, S. Köhler & D. Knörzer, 'Die Zinsschranke im Rechtsvergleich: Problemfelder und Lösungsansätze' *IStR* 12/2007

W. Kessler, A. Pfuhl & B. Grether, 'Die Thesaurierungsbegünstigung nach § 34a EStG in der steuerlichen (Beratungs-) Praxis - Ergebnisse einer onlinebasierten Umfrage', *DB* 4/2011

W. Kessler & C. Spengel, 'Checkliste potenziell EU-rechtswidriger Normen des deutschen direkten Steuerrechts', *Der Betrieb*, Beilage 01 zu Heft Nr. 05, 3 februari 2017

In gelijke zin W.Kessler/M.-L. Dietrich, 'Wann ist eine Beteiligung eine Schachtelbeteiligung', *DStR* 2012, 2101

P. Kirchhof, *Bundessteuergesetzbuch*, C.F. Müller, 2011

J.J. de Klerck, 'de ondernemingsbelasting 1942', in: P.J.A. Adriani ed., *Fiscale ervaringen in bezettingstijd 1940-1945*, Amsterdam 1946

J. Klingebiel e.a., *Umwandlungssteuerrecht*, Schäffer-Poeschel Verlag Stuttgart, 2016

V. Kloosterman & P. Ruige, 'Tijd voor afschaffing van de houdsterverliesregeling?', *WFR* 2015/40

Q.W.C.J.H. Kok, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, SDU Fiscaal wetenschappelijke reeks nr. 5, 2005

Q.W.J.C.H. Kok, *De wet VPB 2007*, Fiscaal Actueel 1, Kluwer, 2006

Q.W.J.C.H. Kok, 'De renteaftrekbepkeringen in het Consultatiedocument', *MBB* 2009/7-8

Q.W.J.C.H. Kok, 'Vreemde valuta en de deelnemingsvrijstelling', *WFR* 2009/115

Q.W.J.C.H. Kok, 'De objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten vergeleken met de deelnemingsvrijstelling', *TFO* 2013/128

Q.W.J.C.H. Kok, 'De fiscale eenheid in het licht van het EU-recht na de arresten Groupe Steria en Finanzamt Linz', *MBB* 2015/12

Q.W.J.C.H. Kok, 'De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting in EU-rechtelijk perspectief', *TFO* 2016/146.1

Q.W.J.C.H. Kok, 'Het tegengaan van verdragsmisbruik onder het multilaterale instrument', *MBB* 2017/04

Q.W.J.C.H. Kok / R.J. de Vries, 'Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2018/37.

Q.W.J.C.H. Kok & R.J. de Vries, 'Het nieuwe beleidsbesluit fiscale eenheid: Belangrijke stappen vooruit en gemiste kansen', *WFR* 2011/262

Q.W.J.C.H. Kok en R.J. de Vries, 'Renteaftrek in de vennootschapsbelasting: alle hens aan dek', *WFR* 2011/944

Q.W.J.C.H. Kok en R.J. de Vries, 'Winstdrainageperikelen', *WFR* 2014/116

Q.W.J.C.H. Kok & R.J. de Vries, 'De wet aanpassing fiscale eenheid', *WFR* 2015/1442

W.R. Kooiman & M.G.H. Ruijschop, 'De beleggingsdeelneming na spoedreparatie: science fiction', *WFR* 2018/34

W.R. Kooiman, 'Het nieuwe trustarrest', *NTFR-B* 2017/43

W.R. Kooiman, 'Naar een historisch-dynamische methode van belastingwetenschap', *WFR* 2014/1615

N. Kolste, 'De Wet uitwisseling inlichtingen over rulings', *MBB* 2017/05

W.R. Kooiman en M.H.C. Ruijschop, 'Het nieuwe compartimenteren', *WFR* 2013/1282

W.R. Kooiman en M.H.C. Ruijschop, 'Compartimenteren met reserve', *TFO* 2014/132.3

W.R. Kooiman & M.H.C. Ruijschop, 'De broncode van compartimenteren', *WFR* 2016/122

R.M. van Kooten & B. Suvaal, 'Art. 13l Wet VPB 1969: lid 6 ontleed - deel 1', *WFR* 2015/83

R.M. van Kooten & B. Suvaal, 'Art. 13l Wet VPB 1969: lid 6 ontleed - deel 2', *WFR* 2015/119

A. Kosalla, 'Diskriminierung im Finanzbereich - Europarechtswidrige Flucht in die Organschaftsregelungen', *Ubg* 2011, 874

F. Kosner & M. Kaiser, *DStR* 2012, Munich: C.H. Beck 2012

F. Kosner & M. Kaiser, 'Zweifelsfragen und Praxiserfahrungen im Zusammenhang mit dem Abzugsverbot für Gewinnminderungen i.S. des §8b Abs.3 Satz 4 ff. KStG', *DStR* 2012, blz. 925-930

H. Koster, *De Nederlandse juridische splitsing in Europees en rechtsvergelijkend perspectief*, Serie vanwege het Van der Heijden instituut, Kluwer 2009

M.G.H. van der Kroon en J. van Strien, 'Het streven naar grondslagverbreding: is earningsstripping de oplossing?', *NTFR* 2011/614

A. Krug, 'Die steuerliche Abziehbarkeit von tatsächlich angefallenen Veräußerungskosten im Rahmen von § 8b Abs. 2 und 3 KStG - Anmerkungen zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 12. 10. 2010', 1 BvL 12/07, *DStR* 2011, 598

J. Kruithof, 'De vennootschapsbelasting, wetgeven met gebonden handen', in: H. de Boer e.a. (reds.), *50 jaar Directe Belastingen: opstellen aangeboden aan Ben Verhoeven*, Kluwer Deventer, 2012

W.G. Kuiper, 'Naar een "Revival" van de fiscale transparantie?', *MBB* 1989/179

K. Küspert, 'Die Mindestbesteuerung: Damoklesschwert oder "Büchse der Pandora"?', *BB* 2013

S. Lampert, T. Meickmann & M. Reinert, 'Germany: Article 4 of the EU Anti Tax Avoidance Directive in Light of the Questionable Constitutionality of the German "Interest Barrier" Rule', *IBFD* 2016/08/01

J. Lang, 'Steuergerechtigkeit', *StuW* 2/2016

M. Lang, 'Has the case law of the ECJ on final losses reached the end of the line?', *European Taxation* 2014, volume 54, nr. 12

W.J. de Langen, *De grondbeginselen van het Nederlandse belastingrecht*, Alphen a.d. Rijn, Samson NV, 1954, deel 1

W.J. de Langen, 'Over de rechtsgrond van belastingen en die van belastingen op de NV in het bijzonder', *WPNR* 1949

J.J.C.A. Leemrijse, 'De driehoekssplitsing binnen moeder-dochterverhoudingen', *Vennootschap & Onderneming* 2003, nr. 11

F. Leich & A. Cloer, 'Referral to the ECJ on (final) cross-border losses - Timac Agro Deutschland (Case C-388/14)', *European Taxation*, september 2015

G.J. van Leijenhorst, 'Dochtermaatschappij en vaste inrichting, een juist onderscheid?', *WFR* 1978/321

E. Lenski & W. Steinberg, *Gewerbsteuergesetz, Kommentar*, Otto Schmidt Verlag 2014

M. Lenz & O. Dörfler, 'Die Zinsschranke im internationalen Vergleich', *Der Betrieb* 2010, nr. 1

N.M. Ligthart, 'De renteaftrekbepanking van art. 10a Wet VPB', *TFO* 2003/174

N.M. Ligthart, 'De onzakelijke lening in de tbs-sfeer, wetgever grijp in', *NTFR-B* 2012/6

N.M. Ligthart, 'De zakelijkheidstoets bij externe acquisities', *NTFR-B* 2016/2

N.M. Ligthart en H.K. Nijkamp, 'Borgstelling en tbs, een paar apart!', *WFR* 2013/776

G. van der Linde, 'De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', *WFR* 1967/385

C.L. van Lindonk, *De onderneming en haar fiscale verschijningsvormen*, Gouda Quint BV, Arnhem 1990

A. Linn, 'Das EuGH-Urteil in der Rs. DMC und der Vorlagebeschluss des FG -Düsseldorf - Ende der Diskussionen um die Wegzugssteuer?', *IStR* 2014, blz.136

A.J. van Lint, 'Wie betaalt de rekening van open normen?', *NTFR* 2012/151

I. van Lishaut, 'Die Reform der Unternehmensbesteuerung aus Gesellschaftersicht', *StuW* 2/2000

- C. Löffler & C. Hansen, 'Zur Reichweite von §8b, Abs. 7, S.2 KStG nach dem BFH-Urteil vom 14.1.2009, I R 36/08', *DStR* 2009, 635
- H. Lohuis/ A.J.A. Stevens, 'MLI Part Two: Hybrid mismatches', *MBB* 2017/04
- H. Lohuis, 'Het Duitse holdingregime en zijn eigenaardigheden', *WFR* 2001/1715
- J. van Loon, 'De holding-maatschappij in het wetsontwerp', *De NV* 15 februari 1940
- A.O. Lubbers, *Goed koopmansgebruik*, Fiscale Geschriften nr. 19, SDU, 2005
- A.O. Lubbers & G.T.K Meussen, *Hoofdzaken winst uit onderneming*, Fiscale Studieseries nr. 32, Kluwer, 2008
- J. Lüdicke, 'Germany: Exemption and Tax Credit in German Tax Treaties - policy and reality', *Bulletin for International Taxation*, 2010, volume 64, nr. 12
- J. Lüdicke, 'Der Verlust im Steuerrecht', *DStZ* 2010, nr. 12
- J. Lüdicke e.a., *Verluste im Steuerrecht*, Nomos, PricewaterhouseCoopers, 2010, Schriften des Interdisziplinären Zentrums für Internationales Finanz - und Steuerwesen - International Tax Institute der Universität Hamburg, Band 47
- M.E. Lukkien, 'Beschouwingen inzake de Nederlandse implementatie van de verplichte algemene antisimbruikbepaling in de Moederdochterrichtlijn', *MBB* 2016/02
- J.C. Luyendijk, *Je hebt het niet van mij, maar... een maand aan het binnenhof*, Uitgeverij Podium BV, november 2010
- C. Maas, 'Goed voor het vestigingsklimaat? Wie stelt, bewijst!' *Opinie taxlive*, 17 februari 2017
- R. Maiterth & H. Müller, 'Abschaffung der Verlustübernahme bei Verschmelzung von Körperschaften - steuersystematisch geboten oder fiskalisch motiviert?', *DStR* 2006, blz. 1861
- O.C.R. Marres, 'Fraus legis blijft een krachtig wapen tegen winstdrainage', *WFR* 2008/1431
- O.C.R. Marres, 'Deelnemingsrente', *WFR* 2012/1426
- O.C.R. Marres, 'Over bodemloze putten', *NTFR* 2014/2126
- W.C.M. Martens & L.A. Lutz, 'Het nieuwe besluit deelnemingsvrijstelling 2010', *MBB* 2010/10/2
- R. Martini, 'Über die Rezeption von Steuergesetzen', *StuW* 1/2011
- R. Martini, "Corporate income tax subjects": 2013 EATLP Congress, Lisbon, 30 May - 1 June 2013, IBFD, volume 12 (hoofdstuk 19).
- R. Martini, 'Der Typenvergleich bei beschränkter Steuerpflicht', *IStR* 2012,441
- R.Martini, *'Der persönliche Körperschaftsteuertatbestand'*, Mohr Siebeck, 2016
- C.A.G.J. von Meijenfeldt, 'De reikwijdte van art. 13l lid 6 onderdeel a en b Wet VPB 1969', *WFR* 2013/982

- H.J. Meijer, 'Relatieve schijnleningen aan aandeelhouders', *WFR* 2015/918
- V.L. Meijerman en R.C. de Smit, 'Art. 10b Wet VPB 1969: renteaftrekbeperking met onverwachte gevolgen', *WFR* 2015/520
- F.M.A.M. van Merrienboer, 'Onzakelijke leningen in concernverband: Een pleidooi voor een nieuwe concernfaciliteit in de Wet VPB 1969', *WFR* 2012/739
- F.M.A.M. van Merrienboer, 'De safe haven voor de banken en de safe haven voor de onzakelijke lening', *WFR* 2014/952
- F.M.A.M. van Merrienboer, 'Spoedreparatie fiscale eenheid en "VPB-light"', *WFR* 2017/246
- G.T.K. Meussen, 'Het fiscale winstbegrip in Europees perspectief', *MBB* 2004/10
- G.T.K. Meussen, 'Fiscale eenheid en grensoverschrijdende verliesverrekening na Marks & Spencer', *WFR* 2005/752
- G.T.K. Meussen, 'De belastingheffing van ondernemers in de voorstellen van de commissie-Van Weeghel', *WFR* 2010/772
- G.T.K. Meussen, 'Een onzakelijk debiteurenrisico, staatssecretaris doe iets!' *NTFR* 2011/242
- G.T.K. Meussen, 'Kritische kanttekeningen bij het rapport van de Commissie Horizontaal toezicht Belastingdienst', *WFR* 2012/1024
- G.T.K. Meussen, 'De invloed van Europa op de fiscaliteit', *MBB* 2016/09-10
- G.M.M. Michielse, 'Informeel kapitaalstortingen en hun internationale complicaties 'auf Deutscher Art und Weise'', *WFR* 1989/509
- S.J. Mol-Verver, *De ondernemingswinstbelasting*, Fiscaal wetenschappelijke reeks nr. 10, SDU, 2008
- P.J.M. de Mooij, 'De verrekening van verliezen, te beperkt of terecht beperkt?', *WFR* 1994/261
- J.A. Monsma, 'Een groter gemeentelijk belastinggebied: doel of middel?' *WFR* 2016/166
- J.A. Monsma & A.P. Monsma, 'Is een ingrijpende herziening van het gemeentelijke belastinggebied opportuun?' *WFR* 2017/157
- K. Mouldi & T. Wagener, Tax Aspects for Companies in Germany's Grand Coalition Deal, *BNA International*, 31-03-2018.
- W. Muhl, 'Plannen voor een hervorming van de belastingheffing op ondernemingen in de Bondsrepubliek Duitsland', *WFR* 1990/1206
- G. Mulder (red). e.a., *Zakendoen in Duitsland*, Kluwer Deventer, 2013-2014
- G. Müller-Gatermann, 'Unternehmensteuerreform 2008', *Stbg* 2007, 145, 148
- W.R. Munting, 'Indofood: een steen in de vijver of een storm in een glas water?', *WFR* 2008/1343

A. Musil, 'Reformbedarf bei der wirtschaftlichen Betätigung gemeinnütziger Körperschaften', *DStR* 2009, blz. 2454

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, *Jaarverslag 2013*, raadpleegbaar op:
https://www.nob.net/sites/default/files/content/report/uploads/jaarverslag_nob_2013.pdf

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, Commissie Wetsvoorstellen, 21 augustus 2017, Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB op de internetconsultatie implementatie ATAD1

W.E. Nent, Vooroverleg; uitstervende hoeksteen van fiscaal uitvoeringsbeleid, *NTFR* 2017/2503.

R. Neumann & H.J. Watermeyer, 'Forderungsverluste von Gesellschaftern im Betriebsvermögen', *Ubg* 12/2008

R. Neumann & H.J. Watermeyer, *Die Unternehmensbesteuerung* 2008

R.E.C.M. Niessen, 'Op zoek naar de oorsprong van goed koopmansgebruik', in: *Verburgbundel (opstellen over vennootschap en belasting)*, Kluwer, 1994

R.E.C.M. Niessen, 'De rechter moet toch toetsen', *NTFR* 2015/1154

H.A.J.P. te Niet, *Het beleggingsbegrip in de directe belastingen*, Fiscale Monografieën 125, Kluwer, 2007

H.A.J.P. te Niet, 'Een pleidooi voor een Nederlands Umwandlungssteuergesetz', in: Essers e.a. (red.), *Met recht (Liber Amicorum Theo Raaijmakers)*, Deventer: Kluwer 2009

M. Nieuwenboer, 'Onzakelijke leningen omlaag en totaalwinst: verzoening gewenst!', *NTFR* 2012/292

H.J.M. Nieuwenhuizen, *Rechtsvinding en fiscale werkelijkheid*, Kluwer, 2010

W. Nijssen, 'Invloeden op de vennootschapsbelasting', *WFR* 2012/63

L. Nillesen, 'De durchgriff, 'Enkele beschouwingen over de relativering en begrenzing van rechtspersoonlijkheid en belastingplicht'', *WFR* 1986/1271

OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing 2013

R. Offermanns, *The entrepreneurship concept in a European comparative law perspective*, Eucotax, Kluwer Law International, volume 5, 2002.

R. Offermanns, 'Een vergelijking van de fiscale eenheidsregimes binnen Europa en hun verenigbaarheid met het EU-recht', *TFO* 2016/146.2

M. Oldiges, 'Wirkungen und Rechtfertigung des pauschalen Abzugsverbots gemäß § 8b Abs. 5 KStG', *DStR* 2008, 533

P.B.N. van Os, 'De unierechtelijke houdbaarheid van de Nederlandse renteaftrekbepeningen deel 1', *MBB* 2016/3

P.B.N. van Os, 'De unierechtelijke houdbaarheid van de Nederlandse renteaftrekbepeningen deel 2', *MBB* 2016/4

S.R. Pancham, *Cursus Belastingrecht Europees Belastingrecht*, Kluwer, 2016

S.R. Pancham & G.W.J.M. Kampschöer, 'Beperking verliesverrekening: De "echte" Bosal-reparatie', *WFR* 2003/1929

M.R.T. Pauwels, *Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen*, SDU 2009

M.R.T. Pauwels, 'Terugwerkende kracht van belastingwetgeving', *NTFR-B* 2010/13

P.J.J.M. Peeters, 'De "onzakelijke lening" bij de crediteur: één term met verschillende betekenissen?! Deel 1 - Openstaande rechtsvragen', *WFR* 2010/1510

P.J.J.M. Peeters, 'De "onzakelijke lening" bij de crediteur: één term met verschillende betekenissen?! Deel 2 - Beoordelingskader', *WFR* 2010/1544

P.J.J.M. Peeters, 'De "onzakelijke lening" bij de crediteur: één term met verschillende betekenissen?! Deel 3 - At arm's length', *WFR* 2010/1580

L.J.A. Pieterse, 'Beoefening van de belastingwetenschap', *NTFR* 2012/404

L.J.A. Pieterse, 'Het winstbegrip, een exegese in tweevoud', *WFR* 2015/1257

C. de Pietro, *Tax treaty override*, Eucotax series on European Taxation, Kluwer, 2014

H. Pijl, 'Compartimentering bij verdragen (BNB 2002/402)', *WFR* 2003/359

D.R. Post, 'Verliescompensatie en totaalwinst: meer dan een mythe? Een zoektocht naar de ratio van verliescompensatie', *WFR* 2006/433

D.R. Post, *De handel in verlieslichamen en de houdsterverliesregeling*, Fiscale Monografieën nr. 98, Kluwer 2009

D.R. Post, 'Methoden ter voorkoming van verliesverdamping', *TFO* 2011/145

D.R. Post, *De invloed van belangenwijzigingen op verliesverrekening*, Fiscale wetenschappelijke reeks nr. 20, SDU, 2012

D.R. Post, 'Stemp De Tegenpartij: Afschaffen!', *NTFR* 2014/1875

D.R. Post, '(Grensoverschrijdende) verliescompensatie onder de voorgestelde C(C)CTB', *WFR* 2017/66

D.R. Post & K.P.E. Stals, 'The tax treatment of corporate losses: a comparative study', *Intertax* Vol. 40, 2012

D.R. Post & M. Toppelhofer, 'Dutch and German change of ownership legislation: a comparison', *Intertax* Vol. 40, 2008

F.P.G. Pötgens, 'Het regeerakkoord en het vestigingsklimaat', *WFR* 2017/227

U. Prinz & A.C. Hütig, 'Aktuelles Know-how zum Teilbetriebsbegriff', *StuB* Nr. 12, 22 juni 2012

U. Prinz & S. Witt, *Steuerliche Organschaft*, Otto Schmidt Verlag, 2015

R.G. Prokisch, 'Steuerermäßigung bei ausländischen Einkünften (§ 34c EStG)', A. Allgemeiner Teil, in *P. Kirchhof, H. Söhn, & R. Mellinshoff (Eds.), Einkommensteuergesetz Kommentar*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag.

C. van Raad, *Internationale fiscale non-discriminatie*, Geschriften van de Vereniging voor belastingwetenschap, nr. 148, Kluwer, 1978

C. van Raad, Verkeerde neigingen, in: *Van Dijck-bundel*, Fed Deventer 1988

C. van Raad, 'Internationale aspecten van het herziene regime inzake de fiscale eenheid', *WFR* 2000/85

Raad van State, *Jaarverslag 2015*, Leiden: OBT bv 2016

M. Rabenort, Digitale Fiscale Autoriteiten veroorzaken een revolutie in de fiscale praktijk, *WFR* 2017/116

C.A.L. Rasenack, *Die Theorie der Körperschaftsteuer*, Duncker & Humblot 1974.

Redactie, 'Wat zijn de Panama Papers', *Financieel Dagblad*, 4 april 2016

Redactie Vakstudie-nieuws, 'Europese Commissie, Voorstel anti tax avoidance richtlijn', *V-N* 2016/12.5

Redactie Vakstudie-Nieuws, 11 juli 2016, *V-N* 2016/37.3

Redactie Vakstudie-Nieuws, *V-N* 2016/65.4

Register Belastingadviseurs, *Input Register Belastingadviseurs voor wet- en/of regelgeving over de onzakelijke lening*, raadpleegbaar op: <http://www.rb.nl/cms/showpage.aspx?id=742>

E. Reimer, 'Das objektive Nettoprinzip aus gemeinschaftsrechtlicher, abkommensrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht', Beihefter zu *DStR* 34. 2009, 122

Rheinland-Pfalz Finanzverwaltung, *Brochure Eckpunkte für die Durchführung einer Zeitnahen Prüfung von Grossbetrieben und Konzernen*, raadpleegbaar op: <http://elektronische-steuerpruefung.de/bmf/ofd-koblenz-zeitnahe-pruefung.pdf?m=1428998817>

A.C. Rijkers, *bijlage 2 bij het Advies inzake een ondernemingswinstbelasting van de Raad voor het midden- en kleinbedrijf*, Den Haag, 1995

Rijksbegroting, raadpleegbaar op: <http://www.rijksbegroting.nl/2017/voorbereiding/begroting>
Rijksoverheid, *Betrekkingen Nederland - Duitsland*, raadpleegbaar op:
<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/betrekkingen-met-nederland/inhoud/duitsland>

Rijksoverheid, *Voorstellen voor vereenvoudiging van belastingwetgeving*, raadpleegbaar op:
<https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2016/01/18/voorstellen-voor-vereenvoudiging-van-belastingwetgeving>

E. Röder, 'Zur Verfassungswidrigkeit der Mindestbesteuerung (§10d Abs. 2 EStG) und der Beschränkung des Verlustabzugs nach §8c KStG', *StuW* 1/2012

T. Rödder, A. Herlinghaus & I. van Lishaut, *Umwandlungssteuergesetz*, Köln: Schmidt 2008

T. Rödder & A. Schumacher, 'Das kommende SEStEG - Teil II: Das geplante neue Umwandlungssteuergesetz - Der Regierungsentwurf eines Gesetzes über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften', *DStR* 2006, blz. 1525

E.R. Roelofs, 'Grensoverschrijdende juridische splitsing kapitaalvennootschappen', *VDHI* nr. 122, 2014/1.6.2.2

J.W. Rompen, 'Indofood, de uiteindelijk gerechtigde en art. 8c Wet VPB', *WFR* 2009/274

I. de Roos e.a., *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2014

A. Rozendal, *Het begrip belang in de Nederlandse belastingwetgeving*, SDU 2014

O. Ruding, *Report of the Committee of Independent Experts on company taxation*, maart 1992

P. Ruige & L. Brilman, 'Het verkrijgingsprijbegrip binnen de renteaftrekbependingen van de Wet VPB 1969: een statische of dynamische interpretatie?', *WFR* 2016/25

M.H.C. Ruijschop, 'Alchemie', *NTFR-B* 2017/49

M.H.C. Ruijschop, 'Brief Tweede Kamer invoering enkele spoedmaatregelen inzake de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', *NTFR* 2018/552

M.H.C. Ruijschop, 'Renteaftrekbepending overnameholdings', *TFO* 2012/120.4

M.H.C. Ruijschop, 'Compartimenteringsmoeras', *NTFR-A* 2013/19

M.H.C. Ruijschop, 'Een fiscaal multiversum', *WFR* 2014/216

M.H.C. Ruijschop, 'Kapitaal', *WFR* 2014/1602

M.H.C. Ruijschop, 'Tweede nota van wijziging wetsvoorstel 'compartimenteringsreserve'', *NTFR* 2014/1579

M.H.C. Ruijschop, 'De fiscale eenheid is dood, lang leve de fiscale eenheid', Blog *Taxence*, 3 september 2015

R. Russo, 'Commerciële jaarrekening en fiscale jaarrekening: altijd apart of (soms) samen?', in: *Rijkersbundel*, 2013

R. Russo, 'Fiscaal beleid en Corporate Governance', *TFO* 2015/136

R. Russo, 'Nieuwe voorstellen Corporate Governance Code: fiscaal relevant?' *WFR* 2016/119

R. Russo, 'Een aantal specifieke winstbepalingen in het CCTB-voorstel nader bezien', *WFR* 2017/65

L.G.C. Sahin, 'Country-by-country reporting - neem bewuste keuzes', *MBB* 2017/05

L.G.C. Sahin, 'De compartimenteringsreserve heeft de eindstreep gehaald', *MBB* 2015/09

L.G.C. Sahin en W.C.M. Martens, 'De compartimenteringsreserve', *MBB* 2014/01/03

D. Schanz & S. Schanz, 'Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz in Europa und in den USA', *StuW* 4/2009

R. van Scharrenburg & P.C. van der Vegt, 'Onzakelijke aanvaarding van kredietrisico's', *WFR* 2015/422

W. Scheffler & C. Spengel e.a., 'Gemeinsame Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage in der EU: Konkretisierung der Gewinnermittlungsprinzipien und weiterentwicklungen', *StuW* 4/2015

M.P. van Scheijndel & R.J. de Vries, 'Aandelenfusie, juridische fusie, bedrijfsfusie en splitsing; Op naar 2001', *WFR* 1999/1673

J. Schmitt, R. Hörtnagl & R.C. Stratz, *Umwandlungsgesetz - Umwandlungssteuergesetz*, München: Beck 2016

L. Schmidt, T. Müller & E.E. Stöcker, *Die Organschaft*, NWB, 4^e Auflage

G. Schmitz, 'Een doorbraak met het MLI?' *NTFR-B* 201737

S. Schneider, 'Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen des objektiven Nettoprinzips' Beihefter zu *DStR* 34 2009, 87

N. Schneider, C. Ruoff & C. Sistermann, *Umwandlungssteuer-Erlass 2011*, Köln: Schmidt 2011

A. Schnitger, 'Keine 5% nichtabzugsfähige Betriebsausgaben in Folge grenzüberschreitender Organschaft - Auswirkungen der Entscheidung des EuGH in der Rs. Groupe Steria für den deutschen Rechtskreis', *IStR* 2015, 772

A.Schnitger/D.Nitzschke/ R.Gebhardt: Anmerkungen zu den Vorgaben für die Hinzurechnungsbesteuerung nach der sog Anti-BEPS-Richtlinie, *IStR* 2016, 960.

A.Schnitger, Generalthema II: Praktische Probleme bei der Vermeidung der Doppelbesteuerung von Unternehmensgewinnen, *IStR* 2011, 653

W. Schön, 'International Accounting Standards - A 'Starting Point' for a Common European Tax Base?', *European Taxation*, oktober 2004

W. Schön, *Steuerliche Maßgeblichkeit in Deutschland und Europa*, Otto-Schmidt Verlag, 2005

W. Schön, 'Zur Zukunft des Internationalen Steuerrechts', *StuW* 3/2012

U. Schreiber & W. Stiller, 'Ökonomische Anforderungen an eine Reform der Gruppenbesteuerung', *StuW* 3/2014

U. Schreiber & M. Syré, *DStR 2011*, Munich: C.H. Beck 2011

J. Schulz & O. Fehrenbacher, 'Nationaler vs europäischer Teilbetriebsbegriff', *Steuerstud* Nr. 7, 30 juni 2016

A. Schumacher & R. Neumann, 'Ausgewählte Zweifelsfragen zur Auf- und Abspaltung von Kapitalgesellschaften und Einbringung von Unternehmensteilen in Kapitalgesellschaften', *DStR* 2008, blz. 325

C.B. Schutte, 'De stille kracht van de Nederlandse grondwet', *RM Themis* 2003/1

E. Swaving Dijkstra, 'De fiscale wig tussen zelfstandigen en werknemers; snoeien in het smulbos?' *WFR* 2017/212

J. Schwenker & C. Fischer, *FR* 2010, p. 643 (648)

H. Siebmann, 'Aufwendungen einer Kapitalgesellschaft in Zusammenhang mit dem Kauf einer Kapitalbeteiligung: Sofort abzugsfähige Betriebsausgaben oder aktivierungspflichtige Anschaffungskosten?' §8b KStG Abs. 3 Satz 3 KStG, *StB* 2011,163

T. Siegel e.a., 'Juristen und Ökonomen: Kooperation oder Mauerbau?', *StuW* 3/2000
P.H.M. Simonis, 'Over corporate governance, jaarrekeningrecht en horizontaal toezicht', *WFR* 2008/5

P.H.M. Simonis, 'Besluit van 30 juni 2014 inzake juridische fusie (deel 1)', *MBB* 2014/11, (deel 2), *MBB* 2014/12

P.H.M. Simonis, 'Besluit van 30 juni 2014 inzake juridische fusie (deel 2)', *MBB* 2014/12

P.H.M. Simonis, 'Besluit bedrijfsfusie van 12 augustus 2015', *MBB* 2015/10

D.S. Smit, 'De compartimenteringsleer en belastingverdragen', *TFO* 2014/132.2

D.S. Smit, 'Kwade Wolk boven het fiscale eenheidsregime: valt het tij nog te keren?' *MBB* 2018/1

D.S. Smit en M. Nouwen, *Plannen (anti-BEPS-richtlijn) van Europese Commissie om belastingontwijking tegen te gaan, een eerste analyse van EY*, Tax Update Weekly 2016/5, raadpleegbaar op: <http://www.ey.com/NL/nl/Services/Tax/Tuw-edition-5-analyse-EY-van-de-plannen-anti-beps-richtlijn-van-de-europese-commissie-om-belastingontwijking-tegen-te-gaan>

J.A. Smit, 'Op zoek naar belastingplichtige stichtingen en verenigingen', *WFR* 1994/525

M.J.H. Smeets, 'Ontwikkeling van de belastingen op winsten van lichamen', *WFR* 1961/14

M.J.H. Smeets, 'Fiscale aspecten van houdstermaatschappijen', *WFR* 1968/4896

F.P.J. Snel, *Van moeders en dochters, systemen ter voorkoming van cumulatie van vennootschapstax in deelnemingssituaties*, SDU Amersfoort, 2005

F.P.J. Snel, 'Deelnemingsvrijstelling: goede bedoelingen, weinig visie en nog enkele knelpunten', *WFR* 2006/787

F.P.J. Snel, 'Waar is het Bosal-gat? Pleidooi voor fact-finding', *WFR* 2012/1104

F.P.J. Snel, 'De ratio van de deelnemingsvrijstelling, de evenwichtsgedachte en het veroorzakingsbeginsel en schadevergoedingen', *NTFR-A* 2014/24

F.P.J. Snel, 'De Europese anti-belastingontwijkingsrichtlijn en deelnemingsvrijstelling', *NTFR* 2016/1895

A.J. van Soest, 'Lege naamloze vennootschappen met verrekenbare verliezen', *De NV*, juni 1962

A.J. van Soest, *De regeling van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, FED, Deventer, 1983

G.H. de Soeten, 'Winstdrainage na 1 januari 2007', *WFR* 2007/459

G.H. de Soeten, 'De onzakelijke (debiteurenrisico-)lening: een goede rechtsontwikkeling?', *NTFR-A* 2014/7

M.P.A. Spanjers, 'Broer voor de Belastingdienst', *NTFR-A* 2015/13

Special corporate governance code, (MvO 2017/03/1-2, bijzonder nummer), Boomjuridisch tijdschriften 2017

C. Spengel & R. Bräutigam, 'Steuerpolitik in Deutschland – eine Halbzeitbilanz der aktuellen Legislaturperiode im Kontext europäischer Entwicklungen', *Ubg* 10/2015

C. Spengel & M. Schaden, 'Grenzüberschreitende Besteuerung von Personengesellschaften im OECD-MA – Problembereiche und Lösungsansätze', *StuW* 2/2012

C. Spengel, M. Schaden & M. Wehrsse, 'Besteuerung von Personengesellschaften in den 27 EU-Mitgliedstaaten und den USA – eine Analyse der nationalen Besteuerungskonzeptionen', *StuW* 1/2010

D.E. van Sprundel & J. van Strien, 'Terugkeer naar Ithaka? De "onzakelijke lening" bij de crediteur – deel 4', *WFR* 2011/490

Statistisches Bundesamt, *Unternehmensregister*, raadpleegbaar op:
<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/UnternehmenHandwerk/Unternehmensregister/Tabellen/UnternehmenRechtsformenWZ2008.html>

A.K.J.M. van Steenberghe, 'Conferentie 'Tax and Trust'', *WFR* 2018/16

A.J.A. Stevens, *Fiscale aspecten van de Commanditaire Vennootschap*, Kluwer Deventer, 2002

A.J.A. Stevens, 'De tien geboden tot afschaffing van de open cv', *NTFR* 2006/1727

A.J.A. Stevens, 'De Duitse Gewerbesteuer – anomalie in het veelkleurige land van de gemeentelijke belastingen?', In: *Lofzang op lokale heffingen (Monsma-bundel)*, SDU Uitgevers (2009)

A.J.A. Stevens, 'Enige internationaalrechtelijke fiscale aspecten van personenvennootschappen', *TFO* 2015/140.2

A.J.A. Stevens & A.E.M. de Vries, 'De Duitse holding: Europameister 2001?', *Internationaal Belasting Bulletin*, 2000, nr. 5

A.J.A. Stevens & G.K. Fibbe, 'Hybride hersenspinsels over BEPS en ATAD 2 (deel I: hybride financieringen)', *NTFR-B* 2017/40 en (deel II: hybride entiteiten), *NTFR-B* 2017/45.

- L.G.M. Stevens, 'Belastingplicht van stichtingen', in: *Giele-bundel*, 1990
- L.G.M. Stevens, 'Omgaan met verliezen', *WFR* 1995/956
- L.G.M. Stevens, 'Wat is ongewenste handel in verlieslichamen', *WFR* 2000/1215
- L.G.M. Stevens, 'Hoe beschermen we op termijn de kernwaarden van belastingheffing', *WFR* 2013/587
- L.G.M. Stevens, 'Wenselijkheid en haalbaarheid van groter gemeentelijk belastinggebied', *WFR* 2015/648
- L.G.M. Stevens, 'Willen we wel uitbreiding van de lokale heffingsbevoegdheid?', *WFR* 2016/176
- S.A. Stevens, De toekomst van de renteaftrek in de vennootschapsbelasting, *TFO* 2017/150.4
- S.A. Stevens, 'Naar een evenwichtige behandeling van verliezen', *WFR* 2005/1503
- S.A. Stevens, *Belastingplicht in de vennootschapsbelasting*, FED Fiscale Brochures, Kluwer 2009
- S.A. Stevens, 'VPB-plicht van overheidsondernemingen', *TFO* 2015/138.1
- Stiftung Marktwirtschaft, *Steuergesetzbuch*, Berlin, 30 januari 2006
- Chr. M. Stokkermans, *Sleutels voor personenvennootschapsrecht*, Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 102, 2017
- J.L. van de Streek, 'De nog steeds starre aspecten van de flexibele BV, deel I', *WFR* 2011/819
- J.L. van de Streek, 'De nog steeds starre aspecten van de flexibele BV, deel II', *WFR* 2011/846
- J.L. van de Streek, 'De toekomst van de vermogensaftrek in de vennootschapsbelasting; principieel of praktisch?', *FED* 2018/22
- J.L. van de Streek, *Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting*, Kluwer, 2016
- J.L. van de Streek, 'De geherlanceerde CCTB/CCCTB-voorstellen; nu wél een schot in de roos?', *WFR* 2017/63
- J. van Strien, *De aftrekbeperking van bovenmatige deelnemingsrente*, Fiscaal Actueel nr. 15, Kluwer, 2013, 1^e druk
- J. van Strien, 'De (vrijwel ondoorgrondelijke) samenloop van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting', *TFO* 2013/128.3
- S. Strik, 'Praktijk zonder theorie, hoe pragmatiek het wint van beginselen', in: K.M. Braun, M.L.M. van Kempen & T. De Kroon, *40 jaar Cursus Belastingrecht. Tribuut aan Leno Sillevius en Nice de Vries*, Deventer: Wolters Kluwer 2010
- S.A.W.J. Strik, *Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting*, Kluwer, 2014
- S.A.W.J. Strik, 'Zijn belastingbeginselen nodig?', *WFR* 2014/1052

S.A.W.J. Strik & J.L. van der Streek, 'Hoofdpijnen van de vennootschapsbelasting van de toekomst: de CCCTB?', *TvOB* 2009/02/1343

Studiecommissie belastingstelsel, *Rapport continuïteit en vernieuwing*, 7 april 2010, te vinden onder <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2010/04/07/rapport-studiecommissie-belastingstelsel.html>

M. Suchanek & A. Hesse, 'Zur Abzugsfähigkeit von mittelbaren Anschaffungsneben- und Verausserungskosten', *Ubg* 11/2015

M. Suchanek & G. Rüsch, 'Erweiterungen der körperschaftsteuerlichen Verlustverrechnung: Der Entwurf zu einem "fortführungsgebundenen Verlustvortrag" (§8d KStG-E)', *Ubg* 10/2016

M. Suchanek & G. Rüsch, 'Update zu §8d KStG: Die Änderungen im verabschiedeten Gesetz', *Ubg* 1/2017

R. Taha, 'WFR fiscaal café 2017: De 100 dagen-brief van de DG Belastingdienst: het (toezicht) beleid van de Belastingdienst', *WFR* 2018/11

Tax Live, 9 februari 2018, Fiscale punten regeerakkoord in Duitsland - <http://taxlive.nl/-/ey-fiscale-punten-regeerakkoord-in-duitsland>

A.J. van den Tempel, 'EG en Duitsland: voorstellen over het stelsel van vennootschapsbelasting', *WFR* 1974/53

R. Thiel, 'Grundsätzliche Probleme des Körperschaftsteuerrechts', *StbJb* 1961/62

J.M.H.F. Teunissen, Vrijheid, Gelijkheid en Belastingen, *WFR* 2010/674

L. van Tilburg, 'De fiscalist 4.0 hoe past de fiscalist in de wereld van big data, risicomanagement en maatschappelijk verantwoorde ondernemen', *WFR* 2016/79

K. Tipke, *die Steuerrechtsordnung*, 2^e Auflage, Otto-Schmidt 2003

K. Tipke, 'Mehr oder weniger Gestaltungsfreiheit für den Steuergesetzgeber?', *StuW* 4/2014

K. Tipke & J. Lang, *Steuerrecht*, Otto Schmidt Verlag 2015

Bericht von Transparency International, 'So beeinflusst Lobbying die deutsche Politik', *Süddeutsche Zeitung* 13 oktober 2014

B.A. van Tuijl, 'Fiscale Eenheid', *WFR* 1979/336

P.C. van der Vegt, 'Enkele hoofdpijnen van een meer beginselmatige en neutrale wet op de vennootschapsbelasting', *WFR* 2012/340

J. Verburg, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting: Belastingconsulentendag'77*, nr. 22, FED, Deventer, 1977

J. Verburg, *Vennootschapsbelasting*, Fiscale Handboeken nr. 4, 2000

Geschriften van de vereniging voor belastingwetenschap, *Fiscale problemen rondom fusies*, nr. 136, Kluwer, 1974

Geschriften van de vereniging voor belastingwetenschap, *Rapport van de commissie ter bestudering van fiscale aspecten van stichtingen*, nr. 180, Kluwer, 1989

Geschriften van de vereniging voor belastingwetenschap, *rapport ter bestudering van de belastingheffing van concerns volgens artikel 15 Wet op de vennootschapsbelasting 1969*, nr. 199, 1995

Geschriften van de Vereniging voor belastingwetenschap, nr. 223, *rapport en bespreking van het rapport samenwerkingsverbanden en ondernemingswinst*, Kluwer, 2004

Geschriften van de vereniging voor belastingwetenschap, *De toekomst van gkg na invoering van IFRS in 2005*, nr. 224, Kluwer, 2005

Geschriften van de vereniging voor belastingwetenschap, *Maatschappelijke ondernemingen*, nr. 245, Kluwer, 2011

Geschriften van de Vereniging van Belastingwetenschap, *Goed koopmansgebruik Qua Vadis?*, nr. 254 Kluwer, 2015

Geschriften van de vereniging voor belastingwetenschap, *Totaalwinst*, nr. 253, Kluwer, 2015

J.G. Verseput, *De totale winst in de vennootschapsbelasting*, FED Fiscale Brochures, Kluwer, 2013

J. Vleggeert, Stop met afgeven tax ruling aan brievenbusmaatschappijen, *WFR* 2013/916

J. Vleggeert & H. Vording, 'Naar een bronbelasting op rente en royalty's: een stap verder dan het regeerakkoord', *WFR* 2018/3

H. Vording, 'BEPS in 2026', *NTFR* 2016/1841

H. Vording, 'Fiscale beleidsnotities 2018', *WFR* 2017/191

H. Vording, 'Waarom was rente ook al weer aftrekbaar', *NTFR* 2011/1960

R.B. Vos, 'Het negentiende LOF-congres: De kwaliteit van fiscale wetgeving', *WFR* 2003/1875

R.J. de Vries, 'De voorgenomen revalidatie van de fiscale eenheid: hinken op twee gedachten!', *WFR* 2000/49

R.J. de Vries, 'Aan - en verkoopkosten in relatie tot deelnemingen', *WFR* 2009/85

R.J. de Vries, 'Juridische fusie, (juridische) afsplitsing en zuivere splitsing: nieuwe beleidsbesluiten (deel 1)', *WFR* 2015/526

R.J. de Vries, 'Fiscalisten, hun "speeltjes" en het einde van de fiscale eenheid VPB is nog niet in zicht', *WFR* 2015/1344

R.J. de Vries, 'Een pleidooi voor handhaving van het huidige fiscale eenheidsregime in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2016/36

R.J. de Vries, 'CCTB/CCCTB, tariefperikelen en Nederlandse economische belangen', blog op *EY.com* van 2 februari 2017

R.J. de Vries, 'Winstdrainagebepaling in de vennootschapsbelasting op de schop', *WFR* 2017/209

R.J. de Vries & G.I. van Eijk, 'Transacties in het kapitaalverkeer binnen de context van een Papillon fiscale eenheid: echt of virtual reality? (deel 1)', *WFR* 2016/70

R.J. de Vries & G.I. van Eijk, 'Transacties in het kapitaalverkeer binnen de context van een Papillon fiscale eenheid: echt of virtual reality? (deel 2)', *WFR* 2016/114

R.J. de Vries & G.I. van Eijk, 'Voortgang van de Wet aanpassing fiscale eenheid', *WFR* 2016/103

R.J. de Vries & F.J. Elsweyer, 'Nieuw 'Papillonbeleidsbesluit': eerste stap op weg naar een fiscale-eenhedsregime dat 'EU-proof' is?', *WFR* 2015/458

F. Wagner, 'Was bedeutet und wozu dient Rechtsformneutralität der Unternehmensbesteuerung?', *StuW* 2/2006

C. Watrin, C. Pott & F. Richter, 'Auswirkungen der Zinsschranke auf die steuerliche Bemessungsgrundlage - eine empirische Untersuchung -', *StuW* 3/2009

C. Watrin, A. Wittkowski & R. Ullmann, 'Deutsche Mindestbesteuerung und ihre Belastungswirkung', *StuW* 3/2008

D. Weber, 'De per element benadering onder het fiscale eenheidsregime nader bezien in het licht van de Finanzamt Linz- en de Groupe Steria-zaak', *WFR* 2015/696

H. Weber-Grellet, 'Die fortschreitende Emanzipation des Steuerrechts', *StuW* 3/2016

M. Wehrheim & I. Fross, 'Wider die Aushölung des Maßgeblichkeitsprinzips', *StuW* 2/2010

M. Weiss, 'Germany: The tax treatment of shareholder loans in Germany', *IBFD* 5/2015, 26 maart 2015

M. Weiss, 'Recent developments in the German tax treatment of CFCs', *European Taxation* September 2015

Rapport Werkgroep Personenvennootschappen, 26 september 2016

Rapport Werkgroep Primarolo over schadelijke belastingconcurrentie, 23 november 1999, V-N 2000/6.6

M.F. de Wilde, 'Een aanzet voor een rechtvaardigere heffing van vennootschapsbelasting van in Nederland actieve groepen', *MBB* 2011/9

C.A. Winhard, 'Behandlung ausländischer Forderungsverluste - Praxisprobleme des §8b Abs.3 Satz 4 bis 8 KStG i.d.F. des JStG 2008', *FR* 2010, blz. 689

M.A. Wisselink, 'Rechtsvergelijkende opmerkingen over het Nederlandse en Duitse stelsel der aanslagbelastingen alsmede de navorderingsbevoegdheid', *MBB* 1992/360

S. Wolvers, 'Timac Agro: einde van de stakingsverliesregeling?', *NTFR* 2016/1355

T. Zech, Plädoyer für die Schaffung eines IStG, *IStR* 2011, 165

H.A. Zeven, *Belastingheffing van naamloze vennootschappen*, Haarlem: Tjeenk Willink 1941

H. Zitzelsberger, *Grundlagen der Gewerbesteuer*, Habilitationsschrift 1990

K. Zweigert & H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatsrechts*, 2e druk, Tübingen 1984

J.W. Zwemmer, 'De fiscale positie van de aandeelhouder', *WFR* 1978/5378

J.W. Zwemmer, *Verliescompensatie*, Fiscale Monografieën, nr. 35, Kluwer, 4^e druk 2003

Zwölf Punkte zur weiteren Modernisierung und Vereinfachung des Unternehmensteuerrechts, raadpleegbaar op: https://www.koschyk.de/wp-content/uploads/dtpberlin@bmf.bund.de_20120214_0916152.pdf

Register

Wet- en regelgeving

Nederland

- Wet op het Patentregt, Stb. 1819, 34
- Wet op de bedrijfsbelasting, Stb. 1893, 149
- Wet op de inkomstenbelasting 1914, Stb. 1914, 563
- Wet op de Dividend - en Tantiëmebelasting 1917, Stb. 1918, 4
- Besluit op de winstbelasting 1940, Stb. 1940, 405
- Besluit op de dividendbeperking 1941, Stb. 1941, 502
- Besluit op de Vennootschapsbelasting 1942, Stb. 1942, 402
- Wet van 24 december 1959, Stb. 1959, 499
- Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Stb. 1969, 445
- Aanpassingswet besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, Stb. 1971, 287
- Wetboek van Koophandel, Stb 1975, 277
- Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, Stb. 1976, 339
- Wet van 19 januari 1983, Stb. 1983, 59
- Wet van 10 september 1992, Stb 1992, 491
- Wet van 24 december 1997, Stb 1997, 776
- Wet van 17 juni 1998, Stb 1998, 350
- Wet van 24 juni 1998, Stb. 1998, 350
- Nederlandse corporate governance code, Stcrt. 2004, 250, blz. 35
- Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, Stb 2012, 299
- Wet compartimenteringsreserve, Stb. 2015, 158
- Wet implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015, Stb. 2015, 543

Duitsland

- Körperschaftsteuergesetz, 30-03-1920 (R GB1. 1920, 393)
- Gesetz über Änderung der Vorschriften über die Reichsfluchtsteuer, 18-05-1934 (RGBI I 1934, 572)
- Gesetz van 15-08-1969 (BGBl. I 1969, 1182; BStBl. I 1969, 471)
- Außensteuergesetz, 08-09-1972 (BGBl. I S. 1713)
- Körperschaftsteuer, 31-08-1976 (BStBl. I 1976, 445)
- Standortsicherungsgesetz, 13-09-1993 (BGBl. I S. 1993, 1569)

- Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002, 24-03-1999 (BGBl. I, nr. 15 S. 402)
- Steuerbereinigungsgesetz 1999, 22-12-1999 (BGBl. I, S. 1999, 2601)
- Körperschaftsteuergesetz, 23-10-2000 (BStBl. I 2000, 1428)
- Steuersenkungsgesetz, 23-10-2000 (BGBl. I 2000, 1433)
- Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrecht 2001, 20-12-2001 (BGBl. I 2001, 3858; BStBl. I 2002, 35)
- Transparenz und Publizitätsgesetz, 19-07-2002 (BGBl. I 2002, 2681-2687)
- Abgabenordnung, 01-10-2002 (BGBl. I S. 3866, ber. 2003 S. 61)
- Gewerbesteuergezet, 15-10-2002 (BGBl. I S. 4167)
- Steuervergünstigungsabbaugesetz, 16-05-2003 (BGBl. I 2003, 660; BStBl. I 2003, 321)
- Körperschaftsteuer-Richtlinien 2004 (KStR 2004)
- Umwandlungssteuergesetz, 7-12-2006 (BGBl. I S. 2782,2791)
- Jugendstrafgesetz 2007, 13-12-06 (BGBl. I 2006, 2878)
- Unternehmensteuerreform 2008, 14-8-07 (BGBl. I 2007, 1912)
- Unternehmensteuerreform 2008, 14-8-07 (BGBl. I 2007, 1912)
- Einkommensteuergesetz, 08-10-2009 (BGBl. I S. 3366, ber. S. 3862)
- Wachstumsbeschleunigungsgesetz, 22-11-2009 (BGBl. I 2009, 3950)
- Gesetz zur Änderung und Vereinfachung der Unternehmensbesteuerung und des steuerlichen Reiskostenrechts, 20-02-2013 (BGBl. I 2013, 285)
- Amtshilferichtlinie-Umsetzungsgesetz, 26.06.13 (BGBl. I 2013, 1809)
- Finanzkonten-Informationsaustauschgesetz vom 21-12-2015 (BGBl. I S. 2531)
- Aktiengesetz, 22-12-2015 (BGBl. I S. 2565)
- Zollkodex-Anpassungsgesetz (BGBl. I, blz. 2417)
- Gesetz zur Umsetzung der Änderungen der EU-Amtshilferichtlinie und von weiteren Maßnahmen gegen Gewinnkürzungen und -verlagerungen, 20-12-2016 (BGBl. 2016 I S. 3000)
- Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen, 23-06-2017 (BGBl. I 2017 S. 1822).
- Steuerumgehungsbekämpfungsgesetz, 23-06-2017 (BGBl. I 2017, S. 1682)

Beleid

Nederland

- Resolutie van de staatssecretaris van Financiën, 11 augustus 1942, nr. 124
- Resolutie van de staatssecretaris van Financiën, 13 maart 1962, nr. B2/4269
- Besluit van de staatssecretaris van Financiën, 15 oktober 1975, nr. B74/21 516
- Resolutie van de staatssecretaris van Financiën, 6 november 1986, nr. 286/15 172
- Besluit van de staatssecretaris van Financiën, 17 december 2002, houdende vaststelling van het Besluit fiscale eenheid 2003
- Besluit van de staatssecretaris van Financiën, 23 december 2005, nr. CPP2005/2730M
- Besluit van de staatssecretaris van Financiën, 17 januari 2006, nr. CPP2005/1489M
- Brief van de staatssecretaris van Financiën, 12 april 2007, nr. DGB2007-1685
- Brief van de staatssecretaris van Financiën, 14 juni 2007, nr. CPP2007/00826
- Brief van de staatssecretaris van Financiën, 5 december 2009, Sinterklaasbrief, nr. DB2009/674 M
- Besluit van de staatssecretaris van Financiën, 11 december 2009, nr. CPP2009/519
- Besluit van de staatssecretaris van Financiën, 12 juli 2010, nr. DGB 2010/2154M
- Besluit van de staatssecretaris van Financiën, 14 december 2010, nr. DGB2010/4620M, BNB 2011/63
- Besluit van de staatssecretaris van Financiën, 16 februari 2012, nr. BLKB 2012/8M
- Besluit van de staatssecretaris van Financiën, 25 maart 2013, nr. BLKB2013/110M

- Besluit van de staatssecretaris van Financiën, 3 juni 2014, nr. DGB 2014/296
- Besluit van de staatssecretaris van Financiën, 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3098
- Besluit van de staatssecretaris van Financiën, 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3101
- Besluit van de staatssecretaris van Financiën, 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3102
- Brief van de staatssecretaris van Financiën, 16 september 2014, nr. AFP/2014/780
- Besluit van de staatssecretaris van Financiën, 27 januari 2015, BLKB 2015/33M, V-N 2015/16.16
- Besluit van de staatssecretaris van Financiën, 27 januari 2015, BLKB 2015/34M, V-N 2015/18.10
- Besluit van de staatssecretaris van Financiën, 27 januari 2015, BLKB 2015/38M, V-N 2015/17.8
- Brief Staatssecretaris van Financiën, 2 februari 2015, kenmerk IZV/2015 22 U, Informatie over rulings, V-N 2015/10.3
- Besluit van de staatssecretaris van Financiën, 25 februari 2015, nr. BLKB2015/211M
- Besluit van de staatssecretaris van Financiën, 17 juli 2015, nr. DGB 2015/3524M
- Besluit van de staatssecretaris van Financiën, 12 augustus 2015, BLKB 2015/520M, V-N 2015/44.12
- Brief van de staatssecretaris van Financiën, 22 september 2015, Kenmerk AFP/2015/802
- Brief van de staatssecretaris van Financiën, 5 oktober 2015, appreciatie uitkomst BEPS-project en vooruitblik Nederlands fiscaal vestigingsklimaat, kenmerk IZV/2015/657 M
- Brief van de staatssecretaris van Financiën, 27 november 2015, Kabinetsreactie op het besluit van de Europese Commissie inzake Starbucks Manufacturing BV, kenmerk AFP/2015/948 M
- Brief van de staatssecretaris van Financiën, 8 december 2015, Novelle Belastingplan 2016, nr. AFP/ U
- Besluit van de staatssecretaris van Financiën, 15 december 2015, nr. BLKB2015/1209M
- Brief van de staatssecretaris van Financiën, 26 april 2016, nr. DGB/2016/14Z3 U
- Brief van de staatssecretaris van Financiën, 29 april 2016, nr. AFP/2016/394
- Ministerie van Financiën, 20 juni 2016, Internetconsultatie over wijzigingen renteaftrekbeperkingen in VPB
- Brief van de staatssecretaris van Financiën, 20 september 2016, Voortgangsrapportage box 3, Internationaal onderzoek box 3, nr. AFP/2016-0000154591 U
- Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie, 9 december 2016, kenmerk 2024822, V-N 2017/8.25
- Brief van de staatssecretaris van Financiën, 11 januari 2017, nr. 2017-000005643, V-N 2017/8.4
- Brief van de staatssecretaris van Financiën, 17 januari 2017, nr. 2017-0000009651, V-N 2017/8.2
- Brief van de staatssecretaris van Financiën, 27 juni 2017, nr. 2017-0000124416, V-N 2017/39.5
- Brief Staatssecretaris van Financiën van 26 juli 2017, nr. 2017-0000123479, V-N 2017/41.15
- Brief van de staatssecretaris van Financiën, 25 oktober 2017, V-N 2017/52.13
- Brief van de staatssecretaris van Financiën, 18 september 2017, nr. 2017-0000182622, Belastingdienst ziet toenemend gebruik fonds voor gemene rekening
- Brief van de staatssecretaris van Financiën, 8 november 2017, kenmerk 2017-0000213974 (Paradise Papers)
- Brief van de staatssecretaris van Financiën, 20 februari 2017, kenmerk 2017-0000238835, V-N 2018/4.7
- Brief van de staatssecretaris van Financiën, 18 februari 2018, onderzoek rulings met een internationaal karakter, kenmerk 2018-0000024590.
- Brief van de staatssecretaris van Financiën, 22 februari 2018, nr. 2018-0000023737, V-N 2018/11.15.

- Brief van de staatssecretaris van Financiën, 23 februari 2018, Fiscale beleidsagenda, kenmerk 2018-0000026987, V-N 2018/14.1.
- Brief van de staatssecretaris van Financiën, 23 februari 2018, Aanpak belastingontwijking en ontduiking, kenmerk 2018-0000026987, V-N 2018/14.2.
- Brief van de staatssecretaris van Financiën, 20 maart 2018, kenmerk 2018-0000038989.

Duitsland

- BMF 8 december 1986, Circular IV B 7-S 2742-26/86
- BMF 24 december 1999, I V B 4 - S 1300 - 111/99, BStBl I 1999, p. 1076
- BMF Schreiben 11 november 2001 (BStBl I 2011, 1314)
- BMF 19 maart 2004, ref. IV B 4 - S 1301 USA - 22/04, BStBl I 2004, 411
- BMF Pressemitteilung Nr. 89/2006 v. 12 juli 2006
- BMF 4.7.2008 IV C 7-S 2745-a/08/10001, Schreiben betr. Verlusabzugsbeschränkung für Körperschaften vom 4. Juli 2008, BStBl. I S. 736
- BMF 16 april 2010, BStBl I 2010, 354; BFH v. 20.8.2008 - I R 34/08, IStR 2008, 811
- BMF, 'die gefühlte Steuerbelastung', Monatsbericht Februar 2010
- BMF Schreiben 19 oktober 2011, Beschluss des Bundesfinanzhofs vom 26 August 2010, I B 4910, (BStBl 2011 II S. 826)
- BMF, Prüfbericht 'Verlustverrechnung und Gruppenbesteuerung', 10 november 2011
- OFD Frankfurt, 2 december 2013, S 2750a A - 19 - St 52

Parlementaire geschiedenis

Nederland

Kamerstukken I 1997/98, 25 709, nr. A
 Kamerstukken I 2013/14, 33 713, nr. C
 Kamerstukken I 2014/15, 33 713, nr. E
 Kamerstukken I 2015/16, 34 302, nr. J en nr. G
 Kamerstukken I 2016/17, 34 323, nr. D
 Kamerstukken II 1914/15, blz. 828
 Kamerstukken II 1939/40, 239, nr. 4
 Kamerstukken II 1939/40, 239, nr. 5
 HTK 1948/49, bijl. 1251, nr. 6
 HTK 1948/49, blz. 1640
 HTK 1949/50, bijl. 1251, nr. 20-II
 Verslag mondeling overleg Belastingherziening 1950, nr. 13
 Kamerstukken II 1958/59, 5380, nr. 3
 Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 3
 HTK 1968/69, blz. 3084 rk.
 Kamerstukken II 1962/63, 6.000, nr. 9
 Kamerstukken II 1968/69, 6000, nr. 25
 Kamerstukken II 1972/73, 12 055, nr. 3
 Kamerstukken II 1981/82, 16 453, nr. 11
 Kamerstukken II 1987/88, 19 968, nr. 7
 Kamerstukken II 1987/88, 19 968, nr. 11
 Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1 en 2 (Nota Zicht op wetgeving 1991)
 Kamerstukken II 1991/92, 22 338, nr. 3
 Kamerstukken II 1991/92, 22 338, nr. 5
 Kamerstukken II 1994/95, 23 962, nr. 3
 Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 3
 Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 5
 Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3

Kamerstukken II 1998/99, 26 728, nr. 3
Kamerstukken II 1999/00, 26 854, nr. 5
Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3
Kamerstukken II 2001/02, 28 331, nr. 2
Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 8
Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 10
Kamerstukken II 2004/05, 30 107, nr. 2
Kamerstukken II 2005/06, 30 107, nr. 2
Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3
Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8
Kamerstukken II 2009/10, 32 128, nr. 3
Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3
Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8
Kamerstukken II 2009/10, 32 334, nr. 2
Kamerstukken II 2010/11, 32 728, nr. 1
Kamerstukken II 2010/11, 32 800, nr. 17
Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 3
Kamerstukken II 2011/12, 32 728, nr. 6
Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 7
Kamerstukken II 2013/14, 33 713, nr. 6
Kamerstukken II 2015/16, 22 112, nr. 2087
Kamerstukken II 2015/16, 34 267, nr. 2
Kamerstukken II 2015/16, 34 267, nr. 3
Kamerstukken II 2015/16, 34 306, nr. 3
Kamerstukken II 2015/16, 34 306, nr. 6
Kamerstukken II 2015/16, 34 323, nr. 2
Kamerstukken II 2015/16, 34 323, nr. 3
Kamerstukken II 2015/16, 34 323, nr. 6
Kamerstukken II 2015/16, 34 323, nr. 9
Kamerstukken II 2016/17, 34 527, nr. 5
Kamerstukken II 2016/17, 34 604, nr. 4

Duitsland

KStG 1920, Drucks. Der Nationalversammlung 1920, Bd. 341 Nr. 1976, 14

BT-Drucks. VI/34.18, S.51

BT-Drucks. 90/2/00

BT-Drucks. 14/2683, 132

BT-Drucks. 14/3366, 114

Gesetzesentwurf der Bundesregierung, 8 september 2003, Drs. 15/1518

BT-Drs. 16/4841, 5377, 5452, 5491

Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/6290

BT-Drucks. 16/4841, 27-03-2007

BT-Drucks. 220/07, 30-03-2007

BT-Drucks. 7/1470

BR-Drucks. 132/94

BT-Drucks. 12/6884

BT-Drucks. 15/119

BT-Drucks. 16/2710

Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 7 februari 2018, "Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land"

Jurisprudentie

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EU 17 juli 1997, nr. C-28/95 (Leur-Bloem), *BNB* 1998/32 (noot Van der Geld)
HvJ EU 21 november 2002, nr. C-436/00 (X en Y), *DStRE* 2003, 400
HvJ EU van 18 september 2003, nr. C-168/01 (Bosal Holding), *BNB* 2003/344 (noot Meussen)
HvJ EU 18 september 2003, nr. C-471/04 (Keller Holding), *V-N* 2006/14.17
HvJ EU 11 maart 2004, nr. C-9/02 (Lasteyrie du Saillant), *DStR* 2004, 551
HvJ EU 13 december 2005, nr. C-446/03 (Marks & Spencer II), *BNB* 2006/72 (noot Wattel)
HvJ EU 7 september 2006, nr. C-479/04 (Zaak N), *DStR* 2006, 1691
HvJ EU 12 september 2006, nr. C-196/04 (Cadbury Schweppes), *BNB* 2007/54 (noot Wattel)
HvJ EU 28 februari 2008, nr. C-293/06 (Deutsche Shell), *BNB* 2009/84 (noot Wattel)
HvJ EU 27 november 2008, nr. C-418/07 (Société Papillon), *V-N* 2008/59.20
HvJ EU 25 februari 2010, nr. C-337/08 (X Holding), *BNB* 2010/166c (noot Meussen)
HvJ EU 20 mei 2010, nr. C-352/08 (Zwijnenburg), *BNB* 2010/257 (noot Van der Geld)
HvJ EU 20 oktober 2011, nr. C-284/09 (Commissie/Duitsland), *V-N* 2011/53.22.1
HvJ EU 10 november 2011, nr. C-126/10 (Foggia), *BNB* 2012/5 (noot Meussen)
HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), *BNB* 2012/40 (noot Douma)
HvJ EU 12 juni 2014, nr. C-39/13, C-40/13 en C-41/13 (SCA, X AG en anderen, en MSA), *BNB* 2014/216 (noot De Vries)
HvJ EU 10 juni 2015, nr. C-686/13 (X AB), *V-N* 2015/32.13
HvJ EU 2 september 2015, nr. C-386/14 (Groupe Steria)
HvJ EU 6 oktober 2015, C-66/14 (Finanzamt Linz), *V-N* 2015/52.21.4
A-G HvJ EU 25 oktober 2017, nr. C-398/16 (Andres/Commissie), *V-N* 2018/7.12
HvJ EU 17 december 2015, nr. C-388/14 (Timac Agro), *NTFR* 2016/363 (noot Boulogne)
HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16 (Euro park Service), *V-N* 2017/17.12
HvJ EU 7 september 2017, C-6/16 (Egiom en Enka), *V-N* 2017/44.19
HvJ EU, 20 december 2017, nr. C-203/16, (Heitkamp), *V-N* 2017/7.12
HvJ EU 22 februari 2018, nr. C-398/16 en C-399/16, *V-N* 2018/11.14
A-G HvJ EU, 14 december 2017, nr. C-382/16 (Hornbach-Baumarkt AG), *V-N* 2018/2.15

Nederland

HR 22 februari 1956, nr. 12 518, *BNB* 1956/132 (noot Tekenbroek)
HR 13 maart 1957, nr. 13 085 *BNB* 1957/141 (noot Smeets)
HR 8 mei 1957, nr. 12 931, *BNB* 1957/208 (noot Smeets)
HR 31 december 1958, nr. 13 747, *BNB* 1959/64 (noot Van Soest)
HR 7 november 1973, nr. 17 182, *BNB* 1974/2 (noot Hofstra)
HR 24 november 1976, nr. 17 998, *BNB* 1978/13 (noot Meering)
HR 14 juni 1978, nr. 18 405, *BNB* 1979/181 (noot G. Slot)
HR 9 juni 1982, nr. 21 142, *BNB* 1982/230 (noot Nooteboom)
HR 7 juli 1982, nr. 20 655, *BNB* 1982/268c (noot Nooteboom)
HR 4 juni 1986, nr. 23 381, *BNB* 1986/282 (noot Slot)
HR 2 juli 1986, nr. 23 444, *BNB* 1986/305 (noot Slot), *FED* 1986/1255 (noot Juch)
HR 27 januari 1988, nr. 23 919, *BNB* 1988/217 (noot Slot)
HR 29 juni 1988, nr. 24 738, *BNB* 1988/331 (noot Slot)
HR 14 april 1989, nr. 13 822, *NJ* 1989/469 (noot Van der Scheltema)
HR 19 juni 1991, nr. 26 102, *BNB* 1991/268 (noot Juch)
HR 17 februari 1993, nr. 28 260, *BNB* 1994/163 (noot Nooteboom)
HR 9 november 1994, nr. 29 675, *BNB* 1995/20
HR 17 mei 1995, nr. 30 268, *BNB* 1995/250 (noot Essers)
HR 8 juli 1996, nr. 30 918, *BNB* 1996/367 (noot Daniels)
HR 13 november 1996, nr. 31 008, *BNB* 1998/47 (noot Van Raad)
HR 4 december 1996, nr. 30 655, *BNB* 1997/256 (noot Daniels)

HR 22 januari 1997, nr. 31 748, *BNB* 1997/101 (noot Van der Geld)
 HR 29 januari 1997, nr. 31 847, *BNB* 1997/89 (noot Zwemmer)
 HR 18 juni 1997, nr. 32 019, *BNB* 1997/257 (noot Daniels)
 HR 11 maart 1998, nr. 32 240, *BNB* 1998/208 (noot Slot)
 HR 9 juli 1999, nr. 33 812, *BNB* 1999/390 (noot De Vries)
 HR 1 december 1999, nr. 34 217, *BNB* 2000/111 (noot Van der Geld)
 HR 24 mei 2002, nr. 37 021, *BNB* 2002/262 (noot Juch)
 HR 22 november 2002, nr. 36 272, *BNB* 2003/34 (noot De Vries)
 HR 8 oktober 2004, nr. 39 435, *BNB* 2005/51 (noot Meussen)
 HR 25 november 2005, nr. 40 989, *BNB* 2006/82 (noot Juch)
 HR 1 april 2005, nr. 37 034, *BNB* 2005/226 (noot De Vries)
 HR 17 juni 2005, nr. 40 819, *BNB* 2005/304 (noot Daniels)
 HR 2 juni 2006, rolnr. 40 919, *BNB* 2006/288 (noot Juch)
 HR 22 september 2006, nr. 42444, *BNB* 2007/27 (noot Zwemmer)
 HR 13 oktober 2006, nr. 42 725, *BNB* 2007/61 (noot Juch)
 HR 12 oktober 2007, nr. 43 643, *BNB* 2008/6 (noot Lubbers)
 HR 9 mei 2008, nr. 43 849, *BNB* 2008/191 (noot Albert)
 HR 10 oktober 2008, nr. 43 409, *BNB* 2009/28 (noot Van der Geld)
 HR 21 november 2008, nr. 44 044, *BNB* 2009/42 (noot Zwemmer)
 HR 27 februari 2009, nr. 43 338, *BNB* 2009/120 (noot Zwemmer)
 HR 18 juni 2010, nr. 08/03662, *BNB* 2010/266 (noot De Vries)
 HR 8 april 2011, nr. 10/00651, *BNB* 2011/156 (noot De Vries)
 HR 29 april 2011, nr. 10/00654, *BNB* 2011/185 (noot De Vries)
 HR 13 mei 2011, nr. 10/01382, *BNB* 2011/217 (noot Van der Geld)
 HR 24 juni 2011, nr. 09/05115, *BNB* 2011/244 (noot Meussen)
 HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37 (noot Albert)
 HR 25 november 2011, nr. 10/05161, *BNB* 2012/38 (noot Albert)
 HR 25 november 2011, nr. 10/04588, *BNB* 2012/78 (noot Heithuis)
 HR 13 januari 2012, nr. 10/03654, *BNB* 2012/79 (noot Heithuis)
 HR 24 februari 2012, nr. 10/03465, *BNB* 2012/229 (noot Douma)
 HR 22 juni 2012, nr. 10/03228, *BNB* 2012/226 (noot Cornelisse)
 HR 29 juni 2012, nr. 10/00807, *BNB* 2012/261 (noot De Vries)
 HR 30 november 2012, nr. 11/00167, *BNB* 2013/32 (noot De Vries)
 HR 11 januari 2013, nr. 12/01616, *BNB* 2013/70 (noot Egelie)
 HR 1 maart 2013, nr. 12/03088, *BNB* 2013/148 (noot Heithuis)
 HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, *BNB* 2013/149 (noot Egelie)
 HR 29 maart 2013, nr. 11/03249, *BNB* 2013/170 (noot Albert)
 HR 14 juni 2013, nr. 11/04538, *BNB* 2013/177 (noot De Vries)
 HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, *BNB* 2014/79 (noot De Vries)
 HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, *BNB* 2014/80
 HR 21 februari 2014, nr. 13/02303, *BNB* 2014/97
 HR 28 februari 2014, nr. 12/03526, *BNB* 2014/98 (noot Albert)
 HR 28 maart 2014, nr. 13/02818, *BNB* 2014/119 (noot De Vries)
 HR 19 september 2014, nr. 13/03611, *BNB* 2014/247 (noot Meussen)
 HR 19 september 2014, nr. 13/03973, *BNB* 2014/248
 HR 19 september 2014, nr. 13/03975, *BNB* 2014/249
 HR 19 september 2014, nr. 13/03979, *BNB* 2014/250
 HR 20 maart 2015, nr. 13/05470, *BNB* 2015/141 (noot Egelie)
 HR 10 april 2015, nr. 13/04999, *BNB* 2015/152
 HR 5 juni 2015, nr. 14/00343, *BNB* 2015/165c (noot De Vries)
 HR 10 juli 2015, nr. 14/03102, *BNB* 2015/180 (noot Lubbers)
 HR 22 mei 2016, nr. 15/03701, *BNB* 2016/133 (noot Heithuis)
 HR 8 juli 2016, nr. 15/00914, *BNB* 2016/197 (noot Marres)
 HR 8 juli 2016, nr. 15/00878, *BNB* 2016/233 (noot Douma)
 HR 9 september 2016, nr. 15/00707, *BNB* 2016/214 (noot De Vries)

HR 23 september 2016, nr. 15/02428, *BNB* 2017/11 (noot Egelie)
HR 14 oktober 2016, nr. 16/01370, *BNB* 2017/6 (noot Albert)
HR 21 april 2017, nr. 15/05357, *BNB* 2017/162 (noot Albert)
HR 15 december 2017, nr. 16/02919, *BNB* 2018/57 (noot Douma)
HR 5 januari 2018, nr. 16/01047, *BNB* 2018/60 (noot Heithuis)

A-G Wattel 31 mei 2012, nr. 11/05166
A-G Niessen 17 augustus 2017, nr. 17/01191, V-N 2017/44.11

Hof Amsterdam 31 maart 2004, nr. 02/06079, V-N 2004/57.9

Rechtbank Noord-Holland 25 april 2017, 15/2744, NTFR 2017/1849

Duitsland

Bundesverfassungsgericht, 15 januari 2008, 1 BvL 2/04 BVerfGE 120, 1
BGH Urteil v. 29 januari 2001 - II ZR 331/00, NJW 2001, 1056 (1058)
BFH, 24 november 1953 - I 109/53 U, BStBl. III 1954, 21
BFH, 8 maart 1955 - I 73/54 U, BStBl. III 1955, 187
BFH, 5 november 1957 - I 163/56 U, BStBl. II 1957, 139
BFH, 16 maart 1965 - I 9/63 U, BStBl. III 1965, 386
BFH, BB 1962, 438
BFH 24 januari 1968, BStBl. II 1968
BFH 26 april 1979 - IV R 199/76 [MAAAA-91440], BStBl 1979 II, blz. 557
BFH 25 juni 84, GrS 4/82, BStBl II 84,751
BFH 11 februari 1987, I R 43/83 *Federal Tax Gazette II* 1987:643
BFH 12 april 1989 - I R 105/85 [IAAAA-929180, BStBl 1989 II, blz. 653
BFH, 30 mei 1990, I R 97/88, *Federal Tax Gazette II* 1990:875
BFH 5 februari 1992 - I R 127/90, BStBl. II 1992, p. 532
BFH 19 januari 1994, I R 67/92 *Federal Tax Gazette II* 1996:77
BFH 21 december 1994 - I R 65/94, DStR 1995, p. 847
BFH 29 mei 1996, BStBl. II 1997, 57, 60 & 63
BFH 29 oktober 1997 - I R 24/97, BStBl. II 1998, p. 573
BFH BStBl. 2001,552,554
BFH 14 juni 2005, VIII R 73/03, *Federal Tax Gazette II* 2005:861
BFH BStBl. 2007, 170,171
BFH, BStBl. 2007,279
BFH 8 april 2008, VIII R 3/05, *Federal Tax Gazette II* 2008:85
BFH 14 januari 2009 - I R 52/08, BStBl. II 2009, blz. 674 (675)
BFH 3 maart 2010 - I R 68/09, DStR 2010, 858
BFH 22 augustus 2012, I R 9/11, BStBl II 13, 512
BFH 26 februari 2014, I R 59/12
BFH 14 oktober 2015, I R 20/15
BFH 22 februari 2017, I R 2/15, DStR 17,1145

Reichsfinanzhof 11 november 1927, RStBl. 1928, 52
RFH v. 12 februari 1930 - VI A 899/27, RFHE 27, 73 (80)
Reichsfinanzhof, 18 februari 1933, I A 439/32, RStBl. 1933, 647
Reichsfinanzhof, 22 januari 1935, I A 401/32, RStBl. 1935,517

FG Düsseldorf 19 oktober 2012, nr. 6 K 2439/11 F, BeckRS 2013, 95205

FG Niedersachsen v. 3 april 2008 - 6 K 442/05, DStRE 2008,1450